

2000

**INSTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO**  
**DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**  
**Florenia, 11 de Diciembre de 1992**

**EFFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS  
DECLARATIVAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS  
LEYES**

**Estudio de derecho comparado: Estados Unidos de Norteamérica e Italia**

**Tesis presentada por Fabián Héctor PEREYRA**  
**En vista a la obtención del título de Doctor en**  
**Derecho del Instituto Universitario Europeo**

**Miembros del Jurado:**

**Augusto Mario MORELLO**  
**Mauro CAPPELLETTI (co-supervisor)**  
**Alessandro PIZZORUSSO**  
**Vincenzo VIGORITI**  
**Luis María DIEZ-PICAZO (supervisor)**

B/C →

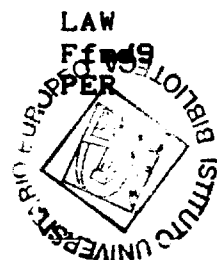








183  
R0880



**INSTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**Florenca, 11 de Diciembre de 1992**

**EFFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS  
DECLARATIVAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS  
LEYES**

**Estudio de derecho comparado: Estados Unidos de Norteamérica e Italia**

**Tesis presentada por Fabián Héctor PEREYRA  
En vista a la obtención del título de Doctor en  
Derecho del Instituto Universitario Europeo**

**Miembros del Jurado:**

**Augusto Mario MORELLO  
Mauro CAPPELLETTI (co-supervisor)  
Alessandro PIZZORUSSO  
Vincenzo VIGORITI  
Luis María DIEZ-PICAZO (supervisor)**

Ffmd 9  
YCfmd 9  
118 19



*A mis padres,  
y especialmente a mi hermana Sandra.*



## AGRADECIMIENTO

*Resultaría ilusorio creer que un trabajo de investigación puede ser realizado en forma totalmente individual. Particularmente el presente, es un esfuerzo conjunto de una serie de personas e instituciones, que desde su apoyo moral, profesional y material-económico, han posibilitado su realización concreta, y han ayudado a suplir las deficiencias de su autor.*

*Es por ello que quisiera agradecer vivamente a mis amigos y a mi familia, que a pesar de la distancia han sabido estar siempre presentes, e igualmente a aquellos que por la vecindad han debido soportar el humor fluctuante de mi persona. Especialmente mi reconocimiento a Patricia y a Giuseppe, amigos inseparables.*

*Igualmente agradezco a mis supervisores por sus concienzudos consejos y apoyo constante, quienes a través de la lectura de mi trabajo han sabido orientarme y guiarme. Fundamentalmente mi agradecimiento va dirigido al Profesor Luis María Díez Picazo, quien con su tesón, dedicación y exigencia, ha sido sin lugar a dudas el máximo responsable de que este trabajo haya llegado a su fin. Hago también extensivo el presente agradecimiento a mis maestros de siempre, los Profesores Eduardo Nestor de Lazzari y Roberto Omar Berizonce.*

*A este punto no me resta que destacar la participación del Gobierno Italiano, que por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, ha posibilitado económicamente mi estadía en su país y en el Instituto Universitario Europeo.*

*A todos ellos mi más sentido reconocimiento por haberme permitido realizar esta investigación, de la cual en sus errores y defectos soy el único responsable.*

*Fabián Héctor Pereyra*



*"El ímpetu de los hechos y la necesidad de hacer justicia en concreto triunfan sobre un formal y aparente enclave que no se sustenta, al cabo, porque dejaría manco e insuficientemente atendido lo más valioso y trascendente del norte del Servicio".*

Augusto Mario MORELLO, La Corte Suprema en Acción, Buenos Aires, 1989, pág. 582.





## INDICE



**INSTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO**  
**DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**  
**Florenia, 11 de Diciembre de 1992**

**EFFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS  
DECLARATIVAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS  
LEYES**

**Estudio de derecho comparado: Estados Unidos de Norteamérica e Italia**

**Tesis presentada por Fabián Héctor PEREYRA**  
**En vista a la obtención del título de Doctor en**  
**Derecho del Instituto Universitario Europeo**

**Miembros del Jurado:**

**Augusto Mario MORELLO**  
**Mauro CAPPELLETTI (co-supervisor)**  
**Alessandro PIZZORUSSO**  
**Vincenzo VIGORITI**  
**Luis María DIEZ-PICAZO (supervisor)**

Principles of

Mathematics

Mathematics

INTRODUCCION ..... 2

PARTE PRIMERA

CAPITULO PRIMERO

MARCO TEORICO: PRINCIPALES CARACTERISTICAS DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

A- Estructura del sistema de control de constitucionalidad de las leyes ..... 11

1- Antecedentes de la arrogación del poder de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos ..... 11

2- *The Federalist* ..... 18

3- *Marbury v. Madison* y sus implicancias .....19

4- La ideología del *judicial review* ..... 24

B- Consideraciones generales sobre el juicio de control de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos ..... 29

1- Normas constitucionales referidas al *judicial review* ..... 29

2- El sistema federal y el rol de la Corte Suprema ..... 30

3- La doctrina del *stare decisis* .....34

I- El sistema del precedente en su aplicación a la Corte Suprema .....36

II- El sistema del precedente en su aplicación a las cortes inferiores ..... 39

4- Requisitos necesarios para poner en funcionamiento el Poder Judicial. Jurisdicción. *Standing* .....40

I- La doctrina del *case or controversy* ..... 42

II- Daño legal ..... 43

III- Nexo causal .....44

IV- La doctrina de las cuestiones políticas .....45

V- Las doctrinas del *ripeness* y *mootness* .....48

5- Medios de acceso a la Corte Suprema Federal .....	50
6- Descripción general de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad de una ley .....	56
I- Declaración de inconstitucionalidad .....	57
II- Efectos en relación a las partes: <i>inter partes</i> - <i>erga omnes</i> .....	61
III- Efectos temporales: <i>ex nunc</i> - <i>ex tunc</i> .....	63
IV- Cosa juzgada .....	65
7- Efectos de la declaración de constitucionalidad .....	66

## CAPITULO SEGUNDO

### LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA: CRITERIOS ADOPTADOS DESDE LOS ORIGENES HASTA EL AÑO 1968

A- Marco teórico .....	71
1- Teorías sostenedoras de la operatividad retroactiva de las sentencias: Sir Mathew Hale y Sir William Blackstone .....	71
2- Tesis contrarias a la retroactividad: John Austin y los albores de la prospectividad .....	73
B- Criterios orientadores dados por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en relación a la limitación temporal de sus sentencias: evolución de sus criterios .....	79
C- Extensión temporal de los efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de las leyes .....	86
D- El caso <i>Linkletter v. Walker</i> .....	89
1- El principio general derivado del caso <i>Linkletter</i> , y el artículo III de la Constitución Federal .....	90
2- Irretroactividad de la sentencia <i>overruling</i> : criterios rectores .....	94
I- El objetivo de la nueva norma .....	97

II- La confianza depositada en buena fe en la norma precedente ( <i>reliance</i> ) .....	102
III- Los efectos sobre la administración de justicia .....	106
IV- Qué elemento debe primar para el caso de contradicción de sus resultados .....	109

## CAPITULO TERCERO

### LA RETROACTIVIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE FEDERAL DESDE *LINKLETTER* HASTA LA ACTUALIDAD

A- El factor "objetivo" de la nueva norma. Principios derivados de <i>Linkletter, Stovall</i> y <i>Desist</i> .....	114
1- Definición de los elementos del <i>three pronged test</i> .....	114
2- Jerarquía de dichos factores .....	116
3- Diferencia entre apelantes en <i>direct review</i> y en <i>collateral attack</i> .....	120
B- Nacimiento de dos nuevas doctrinas constitucionales .....	124
C- La formación de categorías de casos. Abandono del <i>three pronged test</i> ? .....	129
D- La posición del Juez Harlan .....	133
1- Su crítica .....	133
2- Propuesta concreta .....	140
E- <i>United States v. Peltier</i> . El nacimiento de una nueva concepción .....	142
F- El caso <i>United States v. Johnson</i> .....	145
1- El abandono del <i>three pronged test</i> .....	145
2- Es <i>Johnson</i> la solución correcta ? .....	150
G- El caso <i>Griffith</i> .....	152
1- El abandono de la doctrina del <i>clear break</i> .....	152
2- Ventajas y desventajas derivadas de la doctrina <i>Griffith</i> .....	156
H- El caso <i>Teague</i> .....	158
1- Una aproximación a la solución global .....	158
2- Balance positivo .....	164

## **APENDICE DE LA PARTE PRIMERA**

### **EVALUACION DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA EN MATERIA DE RETROACTIVIDAD Y PROSPECTIVIDAD**

A- Desde los orígenes hasta el 1965 .....	168
B- Desde 1965 hasta nuestros días .....	172

## **PARTE SEGUNDA**

### **CAPITULO CUARTO**

#### **SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA. MODELO KELSENIANO. AUSTRIA - ALEMANIA - ESPAÑA**

A- El sistema concentrado europeo .....	179
1- El modelo clásico: Hans Kelsen .....	179
I- Fundamentación de la necesidad de un control de constitucionalidad .....	179
II- Concepto de constitución. Medios para garantizar la regularidad de las normas de ella derivadas .....	180
III- Objeciones al establecimiento de una jurisdicción constitucional .....	183
IV- Objeto del control .....	185
V- Efectos de la sentencia .....	185
VI- Procedimiento del control .....	186
VII- Estado actual del sistema austríaco .....	188
B- El sistema alemán .....	192
1- Composición .....	192
2- Competencia .....	193
3- Efectos del pronunciamiento .....	195



4- Nuevos tipos de pronunciamientos .....	197
C- El sistema español .....	200
1- Atribuciones y composición del Tribunal Constitucional .....	201
2- Vías de acceso a la cuestión de constitucionalidad .....	202
3- Efectos de la declaración de inconstitucionalidad .....	203

## CAPITULO QUINTO

### MARCO TEORICO: PRINCIPALES CARACTERISTICAS DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN ITALIA. DATOS POSITIVOS Y CORRIENTES DOCTRINALES.

A- La Constitución Italiana. Sus caracteres. Garantía de sus supremacía .....	207
1- La Corte Constitucional: caracteres y ubicación dentro del ordenamiento jurídico estatal. Enumeración de sus funciones .....	212
B- Control de constitucionalidad de las leyes en Italia. Referencia a los diversos tipos de procesos .....	214
C- Efectos de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad .....	219
1- Declaración de inconstitucionalidad .....	219
I- Naturaleza de la declaración .....	221
II- Incidencia de la eliminación de la norma sobre el órden legislativo vigente .....	228
2- Efectos <i>erga omnes</i> : iniciación de su transcurso .....	237
3- Cosa juzgada .....	242
D- Sentencias de rechazo de la cuestión de inconstitucionalidad. Reproposición del planteamiento. Cosa juzgada material? .....	245
E- Sentencias interpretativas: su fuerza obligatoria .....	252
F- <i>Le decisioni manipolative</i> .....	255
G- Especificidad del sistema italiano en relación a su modelo .....	258

## CAPITULO SEXTO

### LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES ITALIANAS: CITERIOS Y TENDENCIAS DESDE LOS ORIGENES HASTA EL AÑO 1986

A- Normas jurídicas reguladoras de los efectos temporales de las sentencias de la Corte Constitucional .....	264
1- Prospectividad o retroactividad? .....	264
2- Límites al principio de la eficacia <i>ex-tunc</i> .....	269
B- Delimitación del ámbito de eficacia de la sentencia constitucional por parte de la Corte de Casación .....	278
1- Período 1957 - 1962 .....	278
2- Período 1962 - 1972 .....	282
3- Período 1972 - 1986 .....	290
C- Evolución de las posiciones asumidas por parte de la Corte Constitucional	301

## CAPITULO SEPTIMO

### UN NUEVO TIPO DE PRONUNCIAMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD: *INCOSTITUZIONALITA SOPRAVVENUTA*. UNA AUTOATRIBUCION DEL PODER DE LIMITAR PROSPECTIVAMENTE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES ?

A- <i>Incostituionalità sopravvenuta</i> : su concepto .....	309
B- Evolución jurisprudencial de este fenómeno .....	312
C- Problemas conceptuales derivados de este nuevo tipo de pronunciamientos de la Corte Constitucional .....	322
D- Soluciones alternativas propuestas por la doctrina .....	332

**APENDICE DE LA PARTE SEGUNDA**

**EVALUACION DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA EN MATERIA DE  
RETROACTIVIDAD Y PROSPECTIVIDAD**

..... 341

**ANALISIS COMPARATIVO FINAL**

..... 347

**Bibliografía** ..... 359

**Lista de casos citados** ..... 383



## **INTRODUCCION**



El desarrollo operado dentro del ámbito del derecho procesal constitucional y específicamente en materia de control de constitucionalidad de las leyes, desde las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial hasta el presente, ha sido sin lugar a dudas uno de los móviles principales en la elección del tema de nuestra tesis. Es evidente que éste movimiento ha sido de gran importancia en relación a la protección de los derechos de los ciudadanos, y ha contribuido igualmente a otorgar mayores garantías a los justiciables, de ver concretamente realizados los derechos que por estar contenidos en la norma fundamental de un Estado les corresponden ejercitar.

Dentro de esta jurisdicción constitucional garantizadora de las libertades y derechos de los individuos contra los abusos en los que pueden incurrir los poderes del Estado, existe un tema específico que, por su complejidad y dificultad de resolución, ha despertado especialmente nuestra atención. Nos referimos a la efectividad temporal de los pronunciamientos de inconstitucionalidad de las leyes. Es precisamente por medio de la determinación de éste aspecto que se llegará a delimitar el campo de vigencia de una norma jurídica, que por ser contraria al espíritu constitucional, en un determinado momento viene declarada ilegítima y como consecuencia desaplicada.

Aunque aparentemente y ante una primera impresión pareciera que nos encontramos dentro de un área de relativa importancia, una vez que nos permitimos adentrarnos en ella nos damos cuenta que es precisamente éste aspecto de la delimitación temporal de los efectos de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad uno de los caracteres principales, elemento incluso que contribuye a la tipificación y encuadramiento de los distintos sistemas de control de la legalidad de las normas jurídicas. Ello, sin perjuicio que simultáneamente, dicho aspecto es determinante de la amplitud con la cual una ley - o los principios jurídicos contenidos en ella - podrá desarrollarse desde su nacimiento

hasta su cuestionamiento constitucional, si el mismo eventualmente debiera avenir.

Es precisamente este riesgo de que la norma venga revisada incluso dentro del período en el cual la misma gozaba de operatividad y de una presunción de validez, lo que en cierta forma transforma el estudio del presente tema en un perno fundamental del mundo jurídico. Es a través del uso de diferentes técnicas, o el enrolamiento en diferentes posturas, lo que permitirá a las cortes de justicia poder influir directamente sobre la vigencia o desaplicación de una norma, pudiéndose oscilar entre el extremo de la absoluta retroactividad, hasta el extremo exactamente opuesto de la pura prospectividad.

Por supuesto que el hecho de encontrarnos estudiando un aspecto del control de constitucionalidad nos provocará la necesidad de enfrentarnos con una serie de conflictos, que más allá de los puros tecnicismos, nos llevará a analizar las posibilidades de desarrollo de las cortes en el ejercicio de su función primordial: la administración de justicia. Las mismas a través del uso de esta capacidad de resolución de los procesos judiciales, verán que al mismo tiempo poseen en sus manos la facultad de intervenir para determinar si una ley es conforme o no a la piedra angular del ordenamiento jurídico todo, y en caso de respuesta negativa, podrán incluso decidir si la misma debe cesar su vigencia y a partir de qué momento.

El enfrentarse a esta decisión en cumplimiento de su función específica, protección de los derechos de los particulares y resolución de conflictos concretos y no cuestiones abstractas, provocará el nacimiento de una serie de elucubraciones tendientes a lograr la solución más justa en las diferentes ramas del derecho, sea penal que civil, a las cuales referimos fundamentalmente en nuestro trabajo. Igualmente provocará el conflicto de la superposición o no del



ejercicio de funciones estatales distintas, y la necesidad de evitar la ruptura del equilibrio logrado por medio de la división de poderes. Igualmente se deberá prestar la atención necesaria a los principios que hacen al debido proceso legal, a efectos que sus enunciados fundamentales no vengán violados, y como consecuencia de su violación, vengán al mismo tiempo vejados los derechos y libertades ciudadanas.

La complejidad del tema nos ha sugerido la necesidad de un estudio fundamentalmente basado en la experiencia de sistemas jurídicos en funcionamiento, a través no sólo de las soluciones legislativas, sino también a través de las opiniones de la doctrina - elemento cuestionador constante - y del medio de desarrollo y adaptación vivo de la legislación, la jurisprudencia. Será precisamente ésta última la que nos permitirá realizar un análisis contextual de la situación, y nos demostrará como los conflictos nacidos al respecto en uno y otro sistema de justicia constitucional, son exactamente los mismos. Ello deriva de una imposibilidad de responder simultáneamente a todas las necesidades que nos plantea la realidad jurídica de cada día en forma exhaustiva y perfectamente justa.

Es ésta imposibilidad la que llevará a las cortes a deber moverse entre retroactividad y prospectividad, tratando de crear matices intermedios que a través de su degradé, le permitan adaptarse a la riquísima gama de situaciones conflictivas que se les pueden presentar. Desde esta creación de diferentes coloraciones es que las cortes intentarán encontrar un punto de equilibrio, que se presenta como lejano e inalcanzable. Todo ello en virtud que la realidad es cambiante, y sus modificaciones se producen a una velocidad tal, que muchas veces hacen imposible una adaptación inmediata del mundo jurídico regulador de la vida social, a todas las facetas que ésta última le presenta ante sus ojos.

Hemos tomado como punto de partida el sistema de *judicial review* americano. La razón que nos ha inducido a incluir en la primera parte de nuestro trabajo el sistema norteamericano es precisamente que el *judicial review of legislation* puede decirse un aporte de éste sistema, derivado del *common law* inglés, al mundo jurídico. Por otra parte, la inclusión de Italia viene determinada por oposición. Es significativo observar las distintas reacciones adoptadas en sistemas de control de la constitucionalidad en relación a los efectos temporales de los pronunciamientos de ilegitimidad constitucional, sobre todo cuando uno pertenece a los denominados difuso, y el otro está encuadrado dentro de los denominados sistemas concentrados.

Lógicamente que el estudio del sistema italiano ha formado parte de una elección subjetiva, guiados por sus características peculiares en el enfrentamiento del argumento que nos ocupa. Igualmente hubiéramos podido elegir entre la amplia gama de sistemas que nos vienen propuestos por el continente europeo. Así por ejemplo, el sistema austríaco, que ha sido el que ha dado origen al presente movimiento de control de la legitimidad de las leyes en Europa, en su configuración de concentrado.

La ubicación del sistema italiano en la segunda parte obedece, como ya hemos remarcado, a su juventud en relación al sistema americano. Juventud que le ha permitido sin duda alguna, enriquecerse con los datos aportados por parte de otros sistemas de control de constitucionalidad de las leyes europeos y extra-europeos en funcionamiento con anterioridad.

En ambos sistemas hemos creído conveniente comenzar con un capítulo inclusivo del marco teórico referencial de cada sistema. Ellos incluyen las características fundamentales del derecho constitucional de cada país bajo estudio, así como la ubicación de la Corte Suprema y la Corte Constitucional

respectivamente en cada ordenamiento jurídico global. Descripción de sus funciones y competencias, y adelanto de los efectos generales que produce un pronunciamiento de inconstitucionalidad en uno y otro caso. Igualmente en la parte segunda, capítulo cuarto, nos hemos permitido desarrollar en forma breve, sintética y descriptiva, características fundamentales en primer lugar del sistema madre de la justicia constitucional concentrada europea, el sistema austríaco. Intentamos fugazmente sentar las bases del sistema pergeniado por Hans Kelsen, pasando luego por la descripción de la originalidad de las nuevas sentencias del Tribunal Constitucional alemán, y luego del sistema español. Todo ello con la convicción que contribuirá a clarificar muchas de las reacciones del sistema italiano, sistema elegido para un análisis más profundizado.

Los capítulos segundo y sexto, en cambio, entran frontalmente en el análisis de la jurisprudencia de una y otra corte en relación a la delimitación temporal de los efectos de sus pronunciamientos, abarcando en Italia, el análisis de las sentencias derivadas de la Casación, enriquecedor aporte para una mayor comprensión de la evolución operada en este sistema.

Los últimos capítulos de ambas partes, realizan un análisis de las últimas tendencias jurisprudenciales y doctrinales, llegando al planteamiento de las cuestiones a ser resueltas en futuro de acuerdo a la situación presente, y fundamentalmente nos otorgan un punto de apoyo para a partir del estado actual de situación, continuar la profundización de un tema que por sus complicaciones se convierte en un desafío fascinante en búsqueda de una solución concreta.

Posteriormente, hemos creído importante incluir al final de cada una de las dos partes en las cuales se divide esta investigación, un apéndice que sirve a modo de síntesis del ritmo y de la evolución operada en cada uno de los sistemas

bajo estudio. Por último, el análisis comparativo final, incluye un resumen de la comprobación de nuestra hipótesis. La misma consiste en considerar que a pesar de estar en presencia de sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes totalmente distintos uno del otro, los problemas surgidos en referencia a la eficacia temporal de los pronunciamientos de inconstitucionalidad son prácticamente los mismos. Ello se demuestra por la evolución sufrida en uno y otro país, evolución fluctuante entre la pura retroactividad y la pura prospectividad, en búsqueda de una solución única y global que se presenta como aparentemente inalcanzable por el momento.

El método utilizado es el del derecho comparado, considerado por nuestra parte el más adecuado para la realización de un estudio de las características del presente. Es por medio de la comparación de dos sistemas que se encuentran actualmente en desenvolvimiento y constante evolución, así como también a través del estudio de la historia de cada uno de ellos, lo que nos ha permitido ver las reacciones de las cortes en pleno movimiento, no estáticamente. Es este dinamismo lo que nos permite entrever como las cortes han ido mutando sus posturas para lograr una mayor adaptación de sus soluciones a las exigencias de la sociedad, constantemente en evolución.

La tarea fundamental de un investigador del derecho es la búsqueda de soluciones a los problemas que el derecho en movimiento nos plantea diariamente, y es justamente a través del estudio de sectores del mundo jurídico que se encuentran en una tensión permanente, desde donde se debe comenzar. Es precisamente por medio del análisis detallado de esas tensiones analizadas contextualmente lo que nos permitirá sin lugar a dudas encontrar un punto medio de equilibrio entre fuerzas contrastantes.

Evidentemente, no podemos decir con total certeza que este nuestro trabajo haya aportado soluciones concretas a todos los problemas analizados y que actualmente subsisten en los sistemas de control de la constitucionalidad estudiados en este trabajo. Simplemente nuestra pretensión consiste en poner de resalto - precisamente - esta situación de irresolubilidad actual de la problemática, con la finalidad de utilizar dicho punto de partida como elemento concientizador de la necesidad de una investigación aún más profunda, la cual probablemente nos ocupará en futuro.



## **PARTE PRIMERA**





## **CAPITULO PRIMERO**

**MARCO TEORICO: PRINCIPALES CARACTERISTICAS DEL SISTEMA DE  
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN LOS  
ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA**



## A- ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

### 1- ANTECEDENTES DE LA ARROGACION DEL PODER DE EJERCER EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica no cuenta con un punto de referencia normativa, en relación a los procedimientos que deben ser utilizados para la interpretación de sus contenidos. Esto significa, que los criterios necesarios para llevar a cabo la interpretación de las normas constitucionales, han sido librados por la norma fundamental al juicio de los sujetos encargados de llevarlo a cabo.<sup>1</sup> Esta circunstancia tiene una clara explicación. Originariamente, y con anterioridad a la elaboración de un derecho estadounidense, el ordenamiento que regulaba las relaciones jurídicas en los nacientes Estados Unidos era el derecho inglés, y en él, existían claros parámetros creados por la doctrina, destinados a ser empleados en el proceso de interpretación de las normas.

En el año 1770, Sir William Blackstone publica *Comentaries on the Laws of England*, donde expresa que, en referencia a la interpretación de las leyes existen cinco elementos básicos a ser tenidos en cuenta. Entre ellos se encuentra en primer lugar las palabras de la ley en cuestión. Como complemento para el caso en que el significado de las palabras no fuese suficiente, aconseja recurrir al contexto en el cual fueron colocadas las mismas. Si aún así existiesen dudas

---

<sup>1</sup>- Vid. C. WOLFE *The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law*, New York, 1986, pág. 17; R. H. FALLON Jr. "A constructivist coherence theory of constitutional interpretation", en *Harvard Law Review* 1987, pág. 1190 y ss..

respecto de la interpretación atribuible a la norma ambigua, cree se deba recurrir a la materia objeto de la ley, así como también al análisis de sus efectos o consecuencias. Por último, también fue considerado por parte de la lucidez de este autor, que éste procedimiento no podría de ninguna manera completarse, si el intérprete no tomase en cuenta el espíritu o razón por la cual determinada ley ha sido puesta en vigencia.<sup>2</sup>

También Hamilton, en su obra *The Federalist*<sup>3</sup>, da su propia opinión acerca de los elementos a ser considerados para la interpretación de la Constitución. En su número 83 expresa que, a su criterio, la forma de construir la Constitución es comenzar por el sentido de las palabras. Para el caso que las mismas sean dudosas, su sentido debería integrarse por el contexto en el cual estuviesen incluídas; todo ello considerando la intención de quienes la elaboraron.

Con independencia de estas elaboraciones doctrinales, cuando llega el momento concreto de iniciar el proceso de creación de la Constitución de los Estados Unidos, los constituyentes creyeron sobreabundante incluir dentro de la norma fundamental, criterios de interpretación que consideraban ya resueltos por asimilación de los criterios dictados por Blackstone, y es de allí que la Constitución carece de normas sobre interpretación.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup>- Vid. W. BLACKSTON, *Commentaries on the laws of England*, Oxford, 1765, pag. 59-62.

<sup>3</sup>- Vid. A. HAMILTON - J. MADISON and J. JAY *The Federalist*, Cambridge, 1961, pag. 518-531.

<sup>4</sup>- Vid. C. WOLFE, *The rise of modern judicial review...*, op. cit. (nº 1), pág. 19.

Lógicamente, que el esfuerzo de la doctrina por clarificar una esfera de acción como es la interpretación de la Constitución, resultó claramente productivo. El intento realizado por parte de la doctrina americana de crear ciertas normas rígidas que contribuyeran a la interpretación e integración de la Constitución, servía a suplir un vacío dejado por el constituyente en la Constitución Federal. Simplemente se corría el riesgo de considerar las mismas como instrumentos que podían ser utilizados mecánicamente. Para evitar ese peligro, estas reglas interpretativas debían ser empleadas por un agente que posyera un conocimiento exhaustivo de estos criterios de interpretación, y al mismo tiempo, un gran sentido de prudencia política, elemento fundamental para lograr resultados prácticos positivos.<sup>5</sup>

En un primer momento de la historia constitucional estadounidense, este proceso interpretativo de la norma fundamental se desarrollaba indistintamente por jueces, legisladores, y hasta por el mismo presidente de los Estados Unidos<sup>6</sup>. Esta situación es absolutamente normal, en la cual cada rama del poder estatal interpreta las normas constitucionales atinentes a su función, a los efectos de implementarlas prácticamente a través de los elementos atribuidos a ellas constitucionalmente, y de forma tal que permitan cumplir a cada sector del poder con su misión específica. Posteriormente y ya sentadas las bases fundamentales, e implementadas en su aspecto esencial las

---

<sup>5</sup>- Vid. R. FALON Jr., *A constructive coherence theory of...*, op. cit. (nº 1), pág. 1252 - 1268.

<sup>6</sup>- Algunos ejemplos de ello encontramos en el debate constitucional de la primera administración de Washington especialmente la relacionada al *National Bank*; el veto de Madison en relación al *internal improvements bill* en 1817; el debate del Congreso en relación al poder federal o estatal en punto al *Civil Rights Bill* en 1964; el debate de la *House Judiciary Committee* sobre las bases jurídicas para el juicio político en el caso Watergate.

normas básicas que contribuyeron al funcionamiento coordinado de los tres poderes estatales, y a la formación de los Estados Unidos de Norteamérica, este fenómeno de interpretación de la norma fundamental fue revirtiéndose, y radicose en forma más permanente y casi constante dentro del espíritu mismo del juicio de control de constitucionalidad de las leyes, desarrollado por las cortes de justicia.<sup>7</sup> Es aquí donde encontramos la interconexión entre dos aspectos o temas considerados en la iniciación de la formación del derecho constitucional de los Estados Unidos, absolutamente desconectados entre si: la interpretación constitucional por una parte, y el control de constitucionalidad de las leyes derivadas de la norma fundamental por otra.

No queremos por medio de esta breve explicación, significar que sólo en manos del Poder Judicial se encuentra la facultad de interpretar la norma angular del ordenamiento jurídico. Cada poder estatal, realiza normalmente la interpretación de las normas o disposiciones constitucionales que son inherentes al cumplimiento de la función que tienen asignada, con la finalidad de equilibrar el funcionamiento democrático, y el equilibrado y correcto desenvolvimiento del principio de división de poderes. La Constitución no tiene referentes únicos, los mismos pueden ser desde los sujetos individuales hasta las más grandes entidades públicas. Todos ellos interpretan la misma, variando según el referente de la norma, los sujetos que se encuentran vinculados por dicha interpretación. Simplemente pretendemos destacar, que por una cuestión de evidencia, es en las manos de las cortes donde se advierte más claramente dicho poder interpretativo, sobre todo porque concretamente se observa la vinculatoriedad de las derivaciones de dicho proceso, precisamente a través de la sentencia, acto procesal tendente a la resolución del litigio.

---

<sup>7</sup>- Esta evolución se desarrollará con posterioridad en este mismo título.

Observamos así una concentración en manos del poder judicial, de la función de controlar la adaptación de la interpretación hecha por el Congreso de las normas constitucionales, interpretación que tiene su plasmación en la legislación. Así, las cortes se han constituido en las encargadas de analizar y controlar si la implementación legislativa se encuentra de acuerdo al espíritu constitucional. Este fenómeno del control de constitucionalidad desarrollado por las cortes, es un aporte del derecho estadounidense que contribuye al buen funcionamiento del sistema democrático federal.<sup>8</sup> Este aporte surge claramente en los Estados Unidos, ya que a pesar de los intentos realizados en Inglaterra con el objetivo de obtener el mismo resultado, no pudo derribarse el obstáculo que significó la arraigada tradición del respeto por la supremacía del Parlamento vigente en este ordenamiento, tradición que por su parte regía y daba lineamientos al derecho inglés.

No obstante el surgimiento concreto de este control de constitucionalidad en manos de cada corte dentro de los Estados Unidos, es evidente que los primeros tentativos de llevar a cabo un control de legalidad de las normas inferiores en relación a la norma fundamental - que posteriormente diera andamiaje teórico al actual control de constitucionalidad - puede verse en la actitud de los colonos ingleses radicados en América<sup>9</sup>. Ellos recurrían al

---

<sup>8</sup>- Concepto sostenido a lo largo de su obra por M. CAPPELLETTI, en particular en su libro Comparative Constitutional Law. Cases and materials, Indianapolis - New York - Virginia, 1979, pág. 73.

<sup>9</sup>- Para una referencia bibliográfica abundante sobre los antecedentes, referirse a Selected essays on Constitutional Law, Association of American Law Schools, Chicago, 1938, Vol. I. Igualmente *vid.* M. CAPPELLETTI Judicial review in the Contemporary World, Indianapolis - Kansas City - New York, 1971; quien en su capítulo segundo, pág. 25 a 43, analiza genéricamente los antecedentes del

concepto de una ley superior para rebatir la vigencia de los actos derivados, tanto del Rey en persona, como del Parlamento, en caso que dichos actos fueran contradictorios con los principios rectores establecidos por la norma angular del ordenamiento jurídico.

Por su parte, también contribuyó al desarrollo del *judicial review*, dando bases para ello, la actitud del *Privy Council* que, aplicando ocasionalmente el principio *ultra vires*, descalificaba actos legislativos contradictorios a las cartas municipales o coloniales. Posteriormente, es la misma Corte Suprema de los Estados Unidos, quien valiéndose del principio de supremacía de la Constitución, contenido en el artículo VI, invalida una norma en el caso *Ware v. Hylton* <sup>10</sup>; y valiéndose del mismo procedimiento y considerando una ley estatal contraria a la Constitución de un Estado miembro, en *Cooper v. Telfair* <sup>11</sup>, comienza la era del control difuso de la constitucionalidad de las leyes. Otro claro antecedente del concepto de control de constitucionalidad entendido en el sentido actual, se observa también en la Corte Suprema, cuando revisa la constitucionalidad de una Ley Federal en el caso *Hylton v. United States*. <sup>12</sup>

---

judicial review americano contextualmente, teniendo en cuenta las bases sentadas por las teorías clásico antiguas, medievales, así como los antecedentes derivados del derecho francés y del derecho inglés.

<sup>10</sup>- *Ware v. Hylton* 3 U.S. (3 Dall) 199 (1796).

<sup>11</sup>- *Cooper v. Telfair* 4 U.S. (4 Dall) 14 (1800).

<sup>12</sup>- *Hylton v. United States* 3 U.S. (3 Dall) 171 (1796).

En el presente caso, de acuerdo a lo que surge de la opinión del juez J. Chase, la Corte manifiesta expresa y frontalmente, que la problemática a ser resuelta está referida a la constitucionalidad o no de una norma emanada del Congreso Federal. El juez comienza su opinión estableciendo que "...By the case stated, only one question is submitted to the opinion of this court: - Whether the law of



Todos ellos son claros antecedentes del control de constitucionalidad actual <sup>13</sup>. Actos preparatorios de una potestad que más tarde sería asumida por la misma Corte Suprema Federal en forma expresa, y que ya encontraba sus cimientos en los debates realizados por la Convención Constituyente en el año 1787, en la cual se observa la tendencia mayoritaria remarcando la necesidad de la existencia del control de constitucionalidad de las leyes, como medio de garantizar la vigencia efectiva de la norma base de todo el sistema. <sup>14</sup>

Ahora bien, resultando claro que la Constitución no contiene normas expresas sobre el control de constitucionalidad en manos del Poder Judicial, a nuestro criterio el debate sobre la legitimidad de esta facultad, se vería básicamente reducido a establecer, si la misma está incluida en la norma fundamental en forma implícita y, para el caso de una respuesta afirmativa, en qué modo. Para dilucidar esta cuestión, proponemos revisar someramente las defensas clásicas del *judicial review*. <sup>15</sup>

---

*congress of the 5th of June, 1794, ( 1 U.S. Stat. at Large, 373, ) entitled, "An act to lay duties upon carriages for the conveyance of persons", is unconstitutional and void?"*.

<sup>13</sup>. Vid. L. H. TRIBE *American Constitutional Law*, Second Ed., New York, 1988, pag. 23-24; P. G. KAUPER "Judicial review of Constitutional issues in the United States", en *Constitutional review in the world today. National reports and comparative studies*, Heidelberg, 1961, pag. 605-636; G. GUNTHER *Constitutional Law. Cases and Materials*, Mineda - New York, 1975, pág. 16-23.

<sup>14</sup>. Vid. C. H. BURR "Unconstitutional laws and the Federal Judicial Power", en *University of Pennsylvania Law Review* 1912, pág. 636. Igualmente, para mayor información sobre los debates, ver A. WESTIN *The Supreme Court and the Constitution*, Boston, 1969.

<sup>15</sup>. Vid. C. WOLFE, *The rise of modern judicial review...*, op. cit. (nº 1), pág. 74.

## 2- THE FEDERALIST

En su título "*The judges as guardians of the Constitution*" <sup>16</sup>, Hamilton se muestra claramente partidario de la atribución del poder de controlar la constitucionalidad de las leyes en manos de las cortes. Se declara participante de esta postura, por considerar el poder judicial como el más adaptado para realizar este cometido con mayor objetividad en virtud de sus particulares características: la designación de sus miembros, la duración de sus mandatos mientras dure su buena conducta, la división de competencias entre los diversos niveles de cortes y sus relaciones con las integrantes de otros niveles. Cree que este poder es el menos peligroso de entre los tres poderes estatales, basándose para emitir su juicio en las características antes referidas.

Concluye que, existiendo una Constitución escrita que establece límites al ejercicio de los diversos poderes que integran el Estado, dejar sin control alguno la efectivización de dichas limitaciones, implicaría llevar a niveles de utopía la norma fundamental. Ante la falta de una institución encargada de confrontar la legalidad de los actos emanados de los distintos poderes estatales, con el fin de determinar si son compatibles con las disposiciones constitucionales, éstas últimas serían fácilmente ignoradas en beneficio de los poderes gubernativos, y en perjuicio del pueblo. Precisamente por ello, es en manos de las cortes donde se debe encontrar este poder de declarar nulo todo acto o norma emanada en contradicción con la ley fundamental. Así, ante la

---

<sup>16</sup>- A. HAMILTON, *The Federalist*, op. cit. (n° 3), Números 78 y 83.

contradicción de dos normas se debe siempre decidir por la aplicación de la superior en relación a la inferior, la Constitución debe ser preferida a las leyes inferiores, de modo tal que la voluntad popular prevalezca sobre la intención de los agentes designados por aquella para llevarla a cabo.

### 3- MARBURY V. MADISON Y SUS IMPLICANCIAS

Desde luego que no puede dejarse de considerar, la influencia que ha tenido este caso judicial fallado por la Corte Suprema estadounidense <sup>17</sup>, aunque ello implique revisar conceptos ya conocidos y repetidos a lo largo de los estudios relacionados con el tema. El mismo, ha traído a la luz una serie de conceptos que han servido a clarificar desde un punto de vista jurisprudencial, elementos básicos del control de constitucionalidad. Historicamente, representa la primera elaboración expresa de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el sentido de auto-asumir el papel de organismo de control de constitucionalidad de las leyes <sup>18</sup>. Por medio de esta sentencia, se establecen pretoriamente principios que han sido desarrollados y completados en decisiones posteriores.

---

<sup>17</sup>- *Marbury v. Madison*, 2 L. Ed. 60 (1803.)

William Marbury fue nombrado juez de paz para el Distrito de Columbia, en los últimos momentos de la administración federalista del gobierno del Presidente John Adams, durante el mes de Marzo de 1801. El gobierno entrante de Jefferson, decidió no tomar en cuenta dichos nombramientos, por lo cual no envió las comisiones formales, que tampoco habían sido enviadas por la administración precedente. Por ello, Marbury y los otros colegas que se encontraban en la misma situación, decidieron accionar directamente ante la Suprema Corte, para forzar al Secretario de Estado entrante, a enviar las comisiones oficiales, que los pusiera en posesión de sus respectivos cargos.

<sup>18</sup>- Si bien fue la primera manifestación expresa del ejercicio de *judicial review*, no ha sido una innovación repentina que se haya debido sólo a los jueces que elaboraron la decisión. La misma,

La Corte toma como punto de partida, la idea constitucional básica de que el pueblo tiene el derecho original de establecer principios que lo conduzcan a su propia felicidad, y que serán aplicables a los subsecuentes gobiernos. <sup>19</sup> Esos principios, de acuerdo con la concepción americana son supremos, y como la autoridad de la cual provienen también lo es, deben tener características de permanencia. Esta facultad popular implica la posibilidad de asignar poderes, y establecer limitaciones a los mismos. Por su parte, las limitaciones impuestas por el pueblo a los poderes del Estado, se encuentran consagradas en una Constitución escrita y sus sucesivas enmiendas, las cuales han sido creadas para ser respetadas y no transgredidas. Como consecuencia, si la Constitución es la superior ley del Estado, inmodificable por procedimientos ordinarios, "*... an act of the legislature, repugnant to the Constitution is void ...*" <sup>20</sup>

La Corte reconoce en esta sentencia que es parte de la competencia y obligación del Poder Judicial establecer qué es la ley, ya que los jueces al resolver un caso concreto aplicando la misma, no sólo se limitan a una aplicación mecánica, sino que expanden e interpretan la norma. Lógicamente que, si durante ese proceso intelectual encuentran que hay una contradicción entre dos normas, serán las cortes a decidir cuál de ellas es la aplicable.

---

no deja de ser, la manifestación expresa de todos los antecedentes ya mencionados. De acuerdo a G. GUNTHER, *Constitutional Law. Cases...*, *op. cit.* (nº 13), pág. 17.

<sup>19</sup>- Contenido del Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

<sup>20</sup>- *Marbury v. Madison*, *Vid. supra* nota nº 7.

*"If then, the courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply."* <sup>21</sup>

Surge así claramente la posición de la Corte por la cual entra en vigencia un principio general aplicable a toda constitución escrita: toda norma contraria a la Constitución es nula. <sup>22</sup> Este análisis tradicional del caso *Marbury*, nos da los elementos que nos permitirán ahondar en el mismo, de tal forma de iluminar otras consecuencias derivadas de él no menos importantes. <sup>23</sup>

En primer lugar debemos poner de relieve que, no sólo se observa en este caso la clara exposición del poder general de las cortes de controlar la

---

<sup>21</sup>- *Marbury v. Madison*, *Vid. supra* nota n° 7.

<sup>22</sup>- La Constitución, entendida en sentido formal, puede ser caracterizada de la siguiente manera: en primer lugar es una ley, pero que posee la característica esencial de ser la ley suprema dentro de un cierto ordenamiento jurídico. Es por otra parte, un documento escrito, y está codificada o reunida en un texto único y sistematizado. Finalmente, está absolutamente diferenciada de las leyes ordinarias o comunes, ya que es producto de un poder constituyente, que es quien la elabora. Es un orden normológico codificado, que da las bases a todo el ordenamiento jurídico. Ver G. BIDART CAMPOS *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. El derecho constitucional de la libertad*, Buenos Aires, 1988, Tomo I, pág. 36.

Es precisamente sobre este concepto de Constitución, sobre el cual Marshal basa su razonamiento para llegar a la asunción de la facultad de ejercer el *judicial review*, por parte de la Corte. En un paso posterior, utilizando el mismo concepto determina, que este es el tipo de ley que las Cortes deben reconocer y aplicar; para que en caso de colapsar contra una ley de carácter ordinario, los jueces se orienten por la prevalencia de la primera.

<sup>23</sup>- *Vid.* A. R. AMAR, "Marbury, Section 13, and the Original Jurisdiction of the Supreme Court", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 56, N° 2, 1989, pág.443-453.

constitucionalidad de la derivación legislativa, sino que simultaneamente, se encuentra consagrado el poder de controlar la legalidad de la actividad o inactividad del Poder Ejecutivo. <sup>24</sup> Resulta igualmente remarcable el hecho que por primera vez, la Corte Suprema se viera obligada a luchar contra el ilimitado ejercicio de ciertas facultades presidenciales, tales como la remoción de funcionarios públicos o la inmunidad presidencial, a efectos de limitarlas. <sup>25</sup>

Por su parte, nos parece importante considerar la invocación hecha por la Corte de la máxima legal *ubi jus, ibi remedium*. De esta forma, aun tratandose de un caso para el cual la ley no establezca una solución concreta, ni una posibilidad expresa de accionar judicialmente, se posibilita la interposición de una defensa en caso de la violación de una ley o norma. Esto trae consigo, la potencialidad del poder judicial de resolver el conflicto buscando una solución al caso concreto, sea creando una nueva norma - derivada del conjunto de principios generales del derecho -, o bien por aplicación de un principio ya existente, y que sea aplicable al presente caso por analogía. Esta sentencia no se detiene aquí, sino que avanzando aún más, permite la aplicación de medidas coercitivas referidas en forma directa a oficiales pertenecientes a las otras ramas

---

<sup>24</sup>- Por supuesto que queda excluida la intrusión en cuestiones políticas, atribuidas para su resolución a los órganos políticos del Estado. Esos ámbitos quedan reservados exclusivamente a la discreción de sus titulares.

*"...But where he is directed by law to do a certain act affecting the absolute rights of individuals...This, then, is a plain case for a mandamus..." Marbury v. Madison 1 Cranch 137 (1803).*

<sup>25</sup>- La Corte, en su fallo, establece que *"...when the officier is not removable at the will of the executive, the appointment is not revocable, and cannot be annulled..."*. *Marbury v. Madison*, Vid. *supra* nota n° 7, al n° 157 y 162.

del poder estatal, considerándolos como simples contrapartes en una contienda judicial.<sup>26</sup>

Igualmente, y no menos importante, en este caso puede observarse la imposición de limitaciones al ejercicio de la facultad de control de constitucionalidad. Es aquí donde entran a jugar su rol más importante conceptos como *ripeness*, *mootness*, *standing*, asociados a la existencia de un caso concreto como requisito para la manifestación de un control, de acuerdo a lo establecido en el artículo III de la Constitución americana. Acompaña estos conceptos, la limitación de análisis de las cuestiones políticas por parte de las cortes, inferible también del lenguaje entre líneas del caso *Marbury*, y; la referencia concreta a la limitación a la que se enfrenta la Corte al no poder exceder la inmunidad presidencial o del propio Estado, aun ante la violación de un derecho de magnitud constitucional. Todos éstos conceptos, que hacen directamente a la esencia del control difuso de constitucionalidad en los Estados Unidos, se reúnen a los efectos de establecer ciertos límites determinantes de la esfera de acción de la Corte Suprema americana.

Por último, el caso *Marbury* deja al Congreso la posibilidad de sustraer al juicio de la Corte casos constitucionales. En él se observa que la jurisdicción en apelación de la Corte está sometida a "*...such exemptions as congress might make*"<sup>27</sup>, y como contrapartida, se establece jurisprudencialmente que la jurisdicción originaria de la Corte no puede ser ampliada por parte del Congreso.<sup>28</sup> Por lo tanto, para el caso que éste último objete en cierta forma la

---

<sup>26</sup>- *Marbury v. Madison*, Vid. *supra* nota n° 7, en sus n° 169-73.

<sup>27</sup>- *Marbury v. Madison*, Vid. *supra* nota n° 7, n° 175.

<sup>28</sup>- *Marbury v. Madison*, Vid. *supra* nota n° 7, en su n° 176 - 180.

jurisdicción apelada de la Corte Suprema, y no pudiendo ampliarse la jurisdicción originaria de la misma, implica el alejamiento de la posibilidad de análisis por parte de ésta de un caso de carácter constitucional. <sup>29</sup>

#### 4- LA IDEOLOGIA DEL JUDICIAL REVIEW

El problema de la determinación de dónde debería verse trazada la línea entre la interpretación judicial del significado de la Constitución, y la sumisión a la discreción e interpretación legislativa, no puede ser resuelto en forma objetiva; es en definitiva, una cuestión que debe ser solucionada por la Corte misma. <sup>30</sup> Como sostiene Paul Kauper "*...by its very nature judicial review can never be scientific or completely disinterested and neutral.*" <sup>31</sup>

A este punto resultaría útil describir brevemente los diferentes estadios por los cuales ha atravesado la Corte americana, con la finalidad de observar más claramente el desarrollo sufrido en la ideología de la Corte a lo

---

<sup>29</sup>- Con anterioridad a esta sentencia, el Congreso podía sustraer un caso a la atención de la Corte Suprema Federal, solamente en forma temporaria. Este resultado se obtenía, traspasando una cuestión incluida dentro de la jurisdicción apelada de la Corte, a la categoría de jurisdicción originaria de la misma. Lógicamente, el único resultado que se obtenía era el retraso del acceso a la Corte de una cuestión determinada, pero la misma siempre mantenía inviolable su derecho de ejercer el control de constitucionalidad en todos los casos; derecho que se ha auto-suprimido por medio de esta sentencia.

<sup>30</sup>- El desarrollo de este título ha sido realizado siguiendo los lineamientos generales trazados por C. WOLFE en su obra *The rise of modern judicial review...*, *op. cit.* (nº 1).

<sup>31</sup>- Vid. P. KAUPER, "*Judicial review of Constitutional issues...*", *op. cit.* (nº 13).



largo del tiempo, y así comprender fácilmente el estado actual de la situación. La posición tradicional derivó del caso *Marbury v. Madison*, y se basó fundamentalmente en una fuerte vinculación entre la interpretación constitucional y el control de constitucionalidad. Estando la Constitución integrada por claros conceptos, fácilmente interpretables por un juez prudente, esta interpretación fue admitida como una de las facetas del ejercicio de la jurisdicción, diferente de las funciones legislativas. La intervención de la Corte durante este período, se reservó para el caso que existiera una clara y única interpretación posible, quedando excluida en caso de dudas en punto al sentido otorgable a la norma. Las limitaciones fundamentales que encuentra la Corte en el ejercicio de sus facultades durante este período, se observan en la cláusula de supremacía legislativa <sup>32</sup> y en el control coordinado.<sup>33</sup>

---

32- La más clara exposición del presente principio se encuentra en el caso *Eakin v. Raub*, 12 S. & R. 330, 353 (1825).

Esta supremacía legislativa, podría explicarse de la siguiente manera. Los poderes generales del gobierno se encuentran divididos y repartidos entre las tres ramas centrales de poder, y aun cuando el Congreso no es el único que cuenta con el poder de crear derecho sustantivo, el poder legislativo ejerce un poder creativo de normas, que posee prevalencia sobre el ejercido respectivamente por el poder ejecutivo o el judicial.

El hecho que la separación de poderes no sea absoluta, no implica que no deba decidirse en favor del poder legislativo, en vez del poder creativo del poder judicial, para el caso de contradicción entre los mismos.

33- Posición que implica que cada uno de los poderes estatales interpreta la Constitución para sí misma en los casos que se le presentan.

Esta es la postura sostenida inicialmente por Thomas Jefferson, por la cual se establece que la Constitución no otorga al poder judicial ningún poder extra, que no otorgue también al ejecutivo y al legislativo, para decidir sobre la constitucionalidad de una norma. Cada una de las ramas del poder estatal, tiene la facultad de expresarse sobre la constitucionalidad o no de una cierta norma, dentro de los poderes y en todas las materias referidas o incluidas dentro de su esfera de

Sucesivamente a la lucha contra esas dos fuertes limitaciones, el control de constitucionalidad sobrevivió, pero con no menos restricciones en el período siguiente. Estamos haciendo referencia en primer lugar, a las características inherentes al Poder Judicial. Los jueces como integrantes de un poder derivado, fueron concebidos como simples intérpretes de la Constitución y no como legisladores.<sup>34</sup> En segundo lugar, la existencia del principio de *legislative deference*, implicaba que los jueces debían abstenerse de interpretar la norma en casos en que dicha labor fuese ambigua. Ante esta situación, los jueces debían adaptarse al criterio legislativo, en relación a cuál debería ser la interpretación más acorde para la norma constitucional en cuestión.<sup>35</sup> Por

---

acción. Así es, que por ejemplo, el presidente tendrá la posibilidad de vetar una determinada norma o su proyecto legislativo.

Esta postura, demostraría su fragilidad si en definitiva, se observa que el poder judicial, es la última rama del poder estatal en entender y decidir sobre estas interpretaciones hechas por los demás poderes.

<sup>34</sup>- Es por ello que los jueces han reconocido la imposibilidad de ciertas cuestiones de acceder al análisis por parte del Poder Judicial. Marshall puso dicha situación de relieve en el caso *Cohens v. Virginia*, 6 Wheaton 264,405 (1821).

<sup>35</sup>- Observamos el desarrollo de este principio en la opinión del Juez Bushrod Washington en el caso *Ogden v. Saunders* 12 Wheaton 270 (1827).

El en su voto expresa que:

*"...I shall now conclude this opinion, by repeating ..., That the question which I have been examining is involved in difficulty and doubt. ... It is but a decent respect due to the wisdom, the integrity, and patriotism of the legislative body, by which any law is passed, to presume in favor of its validity, until its violation of the constitution is proved beyond all reasonable doubt. This has always been the language of this court, ... and I know that this expresses the honest sentiments of each and every member of this bench."*

último, la exclusión de la consideración de las cuestiones políticas por parte de la Corte, en virtud de ser el control de constitucionalidad una facultad estrictamente judicial, mantenía a distancia de este poder el análisis de los actos discrecionales de los otros dos poderes estatales.<sup>36</sup>

No obstante todas estas limitaciones, no faltó oportunidad al Poder Judicial de hacer valer su propia interpretación. Así, en este período tradicional del control de constitucionalidad, el Poder Judicial, basándose en el principio del debido proceso legal como garantía general contra la arbitrariedad legislativa, pudo permitirse el dejar de lado la aplicación de ciertas normas legislativas consideradas por él como arbitrarias, teniendo un amplio margen de discrecionalidad para evaluar este tipo de situaciones. De esta forma observamos actualmente, que la Corte moderna está caracterizada por una más clara admisión de su rol legislativo, como lo demuestra su ingerencia en la vida política americana.<sup>37</sup> Esto no implica el reconocimiento explícito por parte de los jueces de éste poder, simplemente es visible en la doctrina del *balancing test*,

---

Así, en la parte que subrayamos surge claramente la idea del denominado principio de *judicial deference to the legislature*.

<sup>36</sup>- Principio sentado en *Marbury v. Madison*, Vid. *supra* (n° 7), y luego desarrollado en *Luther v. Borden* 7 Howard 1 (1849).

<sup>37</sup>- Característica visualizada por Oliver Wendell Holmes Jr. en el caso *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416, 433, 434 (1920).

consistente en considerar los jueces como especificadores de las generalidades contenidas en la Constitución, asumiendo así una clara función de cuasi-legislador o de determinante de lineamientos a ser adoptados posteriormente.<sup>38</sup>

---

38. Este rol activista de la Corte, se debe a nuestro criterio, a la indeterminación del lenguaje utilizado en el ámbito legislativo. La legislación por su propia naturaleza de general, no puede ser absolutamente detallada ni tener un campo específico de aplicación. Esta manifestación activista, se advierte sobre todo en casos que se encuentran en una zona gris, situación en la cual, entra a jugar la discrecionalidad judicial.

Ante esta situación, el juez se encuentra ante una pléyade de soluciones, y la misma opción que se le presenta, nos permite visualizar que el mismo no puede actuar neutralmente como un simple descubridor y aplicador de la ley, sino que necesariamente debe asumir un papel activo como creador de derecho. El activismo judicial entendido como creación de nuevas normas, se convierte en un mecanismo inevitablemente necesario para rellenar las lagunas existentes en los principios existentes.

Lógicamente que ese activismo toma como base el ordenamiento jurídico en su integridad, a los efectos de producir un progreso en el derecho vigente. Así, el juez Warren en el caso *Trop v. Dulles* 35 U.S. 86, 100 y 101 (1958), refiriéndose a la interpretación debida a una enmienda constitucional sostiene: *"The words of the Amendment are not precise, and... their scope is not statistic. The Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society."*

Contrariamente a dicho activismo, la necesidad de una estabilidad en el derecho, y en la aplicación e interpretación de la Constitución se hacen cada vez más necesarias. La efectividad de la Carta Magna dependerá también de la corrección y limitación con que la Corte ejerza su papel interpretativo, manteniendo una línea conductora en sus razonamientos, así como desarrollando una evolución progresiva, y no bruscos cambios en forma incoherente. Aquí, comparecen la limitación al caso concreto y la necesidad de denegar la posibilidad de acceso a un caso, que no debe ser resuelto bajo ciertas circunstancias. Esta conducta de la Corte es conocida con la expresión *self restraint*, y es a través de esta actitud, que la Corte evita la invasión del Poder Legislativo, y al mismo tiempo, evita hacer uso de un poder de enmienda que no le ha sido conferido constitucionalmente.

Básicamente, la Corte no crea derecho sin límites, como lo hace el Congreso, simplemente llena vacíos legislativos ante la necesidad de no dejar irresueltos los casos que se le plantean, para el caso que no cuente con normas específicas que otorguen la solución al litigio.

## B- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL JUICIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

### 1- NORMAS CONSTITUCIONALES REFERIDAS AL *JUDICIAL REVIEW*

Como expresáramos anteriormente, resulta evidente el hecho que, repasando las disposiciones contenidas en la norma fundamental, no encontremos ninguna que haga particular referencia al control de constitucionalidad de las leyes ejercido por el Poder Judicial. Por ello, la autoridad de las cortes de aplicar e interpretar la Constitución, considerando las decisiones de la Corte Suprema como la última palabra <sup>39</sup>, se observa como una arrogación de este poder de control hecha por la Corte en su propio favor. Dicha asunción de poder, ha sido también producto de un proceso interpretativo de la Corte con referencia a los artículos III y VI del texto constitucional. <sup>40</sup>

---

El secreto de una función equilibrada de la Corte se lograría haciendo jugar, tanto el *judicial activism* como el *judicial self-restraint* como fuerzas antitéticas y en tensión, donde el primero tenda al desarrollo y actualización del ordenamiento jurídico en general, y el segundo, proceda como una limitación y gradualización de dicho proceso evolutivo.

<sup>39</sup>- Posición adoptada en el caso *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958), posteriormente enriquecida por decisiones posteriores como *Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962) y *Powell v. McCormack* 395 U.S. 486, 549 (1969). Más recientemente, por el caso *United States v. Nixon* 418 U.S. 683 (1974).

<sup>40</sup>- Debemos dejar en claro que ésta es nuestra propia posición, ya que existen diversas tesis al respecto, y como sostiene C. H. BURR, "*Unconstitutional laws and the Federal...*", *op. cit.* (nº 14), pág. 640: "*It is difficult for one who attempts the reasoning of those who speak of the power of the Federal*

Es así que, de la combinación del Artículo III parte segunda, con el Artículo VI párrafo segundo, de la Constitución de los Estados Unidos, surge el entrelazado de principios que ha permitido a la Corte asumir por primera vez en forma explícita, en el caso *Marbury*, la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes inferiores en relación con la Constitución, considerando esta última como norma fundamental regente del sistema jurídico. Por supuesto que no podemos arguir como fundamentación suficiente solamente estos artículos, si así hiciéramos, se podría pensar que las normas constitucionales son para ser interpretadas separadamente una de la otra, cuando en realidad no es lo correcto. Precisamente, es la Constitución interpretada y aplicada como un todo, lo que da sentido a un sistema jurídico dado, y es por eso que en este caso particular, también entran en juego todos los demás principios derivados de la norma fundamental, los cuales pasamos a desarrollar.

## 2- EL SISTEMA FEDERAL Y EL ROL DE LA CORTE SUPREMA

Los Estados Unidos de Norteamérica asumen la forma de una federación de estados, y en oposición a los llamados estados unitarios, no deriva ni su propia existencia como país ni sus poderes, del gobierno general o central.

<sup>41</sup> En realidad, cuando hacemos alusión a un sistema federal, tenemos en cuenta la división geográfica de los poderes gubernamentales, entre el nivel estatal y el nivel nacional. Esto da como consecuencia una subdivisión correspondiente del

---

*judiciary to declare void an act of Congress for unconstitutionality, as "judge-made law"; and who say of Marbury v. Madison that in enunciating this principle Marshall developed it as "an implied power".*

<sup>41</sup>- Vid. K. M. HOLLAND *The political role of law Courts in modern democracies*, New York, 1988, pág. 11 y ss..

Poder Judicial en Estatal y Federal, para acompañar el movimiento de distribución del poder gubernativo.

Como resultado, cada Estado posee todos los elementos necesarios para la formación de una nación soberana, es decir: un gobernador, cortes, gobiernos municipales, poder de policía, llegando incluso a poseer un ejército y una fuerza aérea propia. Al respecto, la Décima Enmienda a la Constitución <sup>42</sup> hace constar que los Estados han hecho reserva de los poderes no delegados al Estado Federal, por lo cual, dentro de esa esfera residual, ellos son soberanos. De aquí deriva el derecho de cada estado de erigir un Poder Judicial propio, dispuesto de tal forma que agilice y contribuya al buen desarrollo de las causas que se le presentan, en acuerdo con el artículo III, sección 2 (3) de la norma fundamental. Sobre el particular, el artículo III de la Constitución, establece la división de las jurisdicciones de cada una de las cortes antes mencionadas en la forma siguiente: las cortes federales verán limitada su jurisdicción a los casos en los cuales exista una implicancia directa de la Constitución, leyes, o tratados de los Estados Unidos, casos de almirantazgo y jurisdicción marítima, casos en los que sea parte un embajador, el gobierno federal, dos estados, o ciudadanos de diferentes estados. Conjuntamente gozan - las cortes federales - de una jurisdicción exclusiva. <sup>43</sup>

---

<sup>42</sup>- *"Amendment X [1791]. The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people."*

<sup>43</sup>- *"Artículo III. Section 1. The Judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at stated Times, receive for their Services a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office."*

Tanto cortes federales como estatales tendrán jurisdicción concurrente o compartida, en casos en que ciudadanos de diferentes estados sean parte, y en casos en los que se encuentren implicadas en forma directa, la Constitución Nacional o las leyes. La jurisdicción de las cortes estatales, queda definida por exclusión; serán competentes en todos los casos no comprendidos dentro de la esfera federal. La Constitución establece por todo ello la creación de una única Corte Suprema, actuando como vértice coordinante del Poder Judicial, con la finalidad de asegurar la uniformidad y supremacía de la legislación federal.<sup>44</sup> Considerando esta facultad de coordinación, así como la necesidad de

---

*Section 2. [1] The Judicial power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; -- to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; --to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; --to Controversies to which the United States shall be a Party; -- to Controversies between two or more States; -- between a State and Citizens of another State; -- between Citizens of different States; --between Citizens of the same State claiming Lands under the Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.*

*[2] In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be a Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.*

*[3] The trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.*

*Section 3. [1] Treason against the United States, shall consist only in levying War against them, or, in adhering to their Enemies, giving them Aid and Comfort. No Person shall be convicted of Treason unless on the Testimony of two Witnesses to the same overt Act, or on Confession in open Court.*

*[2] The Congress shall have Power to declare the Punishment of Treason, but no Attainder of Treason shall work Corruption of Blood, or Forfeiture except during the Life of the Person attained."*

<sup>44</sup> Artículo III de la Constitución, *vid. supra* nota n° 43.



poner en efectivo vigor la cláusula de supremacía constitucional <sup>45</sup>, el primer Congreso de los Estados Unidos otorgó a la Corte Suprema, jurisdicción en apelación para revisar las decisiones de las cortes estatales sobre cuestiones federales, por medio del *Judiciary Act* de 1879. <sup>46</sup> También, para el caso que una ley federal haya sido declarada inválida, o una demanda federal en contra de una ley estatal haya sido rechazada. Posteriormente, en 1914 se le concedió a la Corte, jurisdicción sobre decisiones de cortes federales con la finalidad de declarar inválida una ley estatal, y fue aceptada en virtud del contenido del artículo III ya referido. <sup>47</sup>

Paralelamente, en virtud de la inexistencia de normas de valor constitucional que otorguen una jurisdicción especial o exclusiva, en aspectos constitucionales, a una especie determinada de corte, es que no existe un órgano exclusivo o específico que posea en sus manos el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes. Cada corte de los Estados Unidos posee la jurisdicción de determinar, para el caso de un conflicto de normas, cuál de ellas debe gobernar el caso *sub-lite*; pero, siempre correspondiendo a la Corte Suprema

---

<sup>45</sup>-Dicha cláusula de supremacía, viene consagrada en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos que reza en su parte pertinente: "[2] *This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all the Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*"

<sup>46</sup>- Esta facultad observa su primera manifestación jurisprudencial, en el caso *Martin v. Hunter Lesse* 1 Wheat 304 (1816).

<sup>47</sup>- L. TRIBE, *American constitutional law*, op. cit. (nº 13), pág. 35.

la facultad de impartir su juicio en última instancia, en virtud de constituir el vértice de la estructura judicial. <sup>48</sup>

### 3- LA DOCTRINA DEL STARE DECISIS

Lugar de fundamental importancia ocupa la doctrina del *stare decisis* <sup>49</sup>, en relación a la labor encargada a la Corte Suprema Federal por la norma fundamental. <sup>50</sup> Si bien existen definiciones unitarias de la doctrina del *stare decisis* en diferentes obras, entre las cuales se destacan las realizadas en las enciclopedias jurídicas *Corpus Iuris Secundum* <sup>51</sup> y *American Jurisprudence* <sup>52</sup>, esta

---

<sup>48</sup>- Estas características son las que convierten el sistema de control de constitucionalidad americano en difuso. Según opinión de M. CAPPELLETTI, *Comparative Constitutional Law...*, op. cit. (nº 8), pág. 75-76.

<sup>49</sup>- Este título ha sido desarrollado siguiendo basicamente, los lineamientos trazados por U. MATTEI, *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988.

<sup>50</sup>- Es gracias a este principio proveniente del *common law* que la Corte ve facilitada su labor de unificación de la jurisprudencia, en virtud que, los principios trazados por sus decisiones deben ser respetados por todas las cortes inferiores en sus decisiones posteriores. De acuerdo a *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958).

<sup>51</sup>- El *Corpus Iuris Secundum*, en su voz "Courts", editado por W. MACK y D. KISER, Brooklyn - New York, 1936, pág. 302, expresa que: a los efectos del *stare decisis*, un principio de derecho establecido por una serie de dicisiones es generalmente vinculante para las cortes, y debe ser seguido en casos similares. Esta regla, si bien debe ser generalmente seguida por las cortes, no es aplicable universalmente.

<sup>52</sup>- Por su parte, el *American Jurisprudence 2d.*, editor in chief W. ESTRICH, San Francisco, 1948, en su voz "Courts", pág. 510-520, establece que: La decisión de un punto de derecho de parte de la

doctrina, no puede ser definida con absoluta corrección, pero sí analizada como resultante histórica de un número complejo de componentes. Por exceder el objeto de nuestro estudio, no consideraremos aquí las particularidades de la doctrina del *stare decisis*. Basta a los efectos de este estudio adoptar una definición simple, por la cual se lo considera como un principio originalmente heredado del sistema inglés de *common law* " ...which has been called the fruit of reason ripened by precedent, was built up case by case in decisions by the courts, the latest decision forming a precedent for the decision of similar cases that followed..." <sup>53</sup>.

Esta doctrina comenzará a operar, en el caso que por medio de una sentencia que pone fin a un litigio, simultaneamente y por medio de la resolución del caso concreto, se definiese o resolviese un problema abstracto de derecho. Esa solución o definición clara de una cuestión abstracta, deberá ser aplicada en todos los litigios posteriores en que se plantee la misma situación jurídica, simplemente, en razón que cuestiones abstractas de derecho no pueden ser objeto de una contienda judicial. La operatividad de esta teoría, se puede apreciar más concretamente, cuando se analiza la posibilidad o no, que poseen tanto la Corte Suprema como las cortes inferiores, de desobedecer un principio jurídico trazado en una decisión precedente.

---

Corte, será generalmente seguida de una corte del mismo nivel, o de un nivel inferior, si un caso sucesivo presenta los mismos problemas jurídicos, aun si estuvieran vinculadas en él partes diversas. Esta práctica judicial es indicada como *stare decisis*.

<sup>53</sup>- The Constitution of the United States with cases summaries, 10th. ed., New York, 1975, editada por E. C. SMITH, pág. 59.

## I- EL SISTEMA DEL PRECEDENTE EN SU APLICACION A LA CORTE SUPREMA

Sobre el tema, es aconsejable detallar la elaboración realizada por la propia Corte, que a través del análisis de casos concretos, ha realizado una doctrina valiéndose de sus propias decisiones. Como primer punto sobresaliente, observamos la teoría gracias a la cual la Corte es libre de apartarse de sus propios precedentes. Esta posibilidad que tiene la Corte Suprema Federal de modificar los principios de derecho trazados previamente en casos anteriores, debe su formulación al Juez Louis Brandeis. En su voto disidente en el caso *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.* <sup>54</sup>, resalta que una doctrina constitucional elaborada por una corte, sólo puede ser enmendada por otra corte sucesiva. De tal forma, se ofrece una respuesta institucional eficaz a las exigencias provenientes, de una realidad cambiante y en evolución, de un nuevo conocimiento, o bien, de la fuerza de un razonamiento más coherente.

A partir de este momento, la misma Corte, ha reivindicado su poder de superar y modificar sus propios precedentes en materia constitucional, elastizando de esa forma la regla del *stare decisis*. <sup>55</sup> Los principios básicos que regulan actualmente esta materia pueden sintetizarse considerando

---

<sup>54</sup> *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.* 285 U.S. 393 (1931).

<sup>55</sup> Vid. A. P. BLAUSTEIN - R. H. FELD "Overruling decisions in the Supreme Court", en *57 Michigan Law Review* 1958, pág. 184, el cuadro de casos *overruled* hasta el año 1959; y E. M. MALTZ "Some thoughts on the death of *stare decisis* in Constitutional Law", en *Wisconsin Law Review* 1980, pág. 494 para un cuadro actualizado hasta el año 1980. Ambas obras citadas por U. MATTEI *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario...*, op. cit. (n° 49).

sumariamente los hitos más importantes, dentro de la elaboración pretoria de la Corte Suprema Federal.

- Así obtenemos que la facultad de *overruling*, solamente será permitida tomando como base una especial justificación, y una clara exposición y fundamentación de los motivos que han impulsado a la Corte a asumir dicha actitud.<sup>56</sup>

- Por su parte, resulta evidente que los jueces de la Corte se sienten más ligados o compelidos a seguir los lineamientos trazados por un determinado precedente, cuando se trata de una simple interpretación de la ley. Contrariamente, en los casos en los cuales la sentencia se encarga de resolver casos constitucionales, este principio se ve ligeramente flexibilizado.<sup>57</sup> Ello

---

<sup>56</sup> *Welch v. State Departement of Highways* 107 S. Ct. 2941 (1987), *Florida Dep. of Health v. Florida Nursing Home ass.* 450 U.S. 147 (1981).

En esta última sentencia en su n° 153 y 154, la Corte expresa:

*"...Of even greater importance, however, is my concern about the potential damage to the legal system that may be caused by frequent or sudden reversals of direction....I am firmly convinced that we have a profound obligation to give recently decided cases strongest presumption of validity...The presumption is an essential thread in the mantel of protection that the law affords the individual. Citizens must have confidence that the rules on which they rely in ordering their affairs ... are rules of law and not merely the opinions of a small group of men who temporarily occupy high office."*

<sup>57</sup> Ver el caso *Square D. Co. et al. v. Niagara Frontier Tariff Bureau inc.* 476 U.S. 409 (1986), en el cual la Corte expresamente establece, citando al Juez Brandeis en su opinión en disidencia en el caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* 285 U.S. 393, 406 (1932), que el principio del *stare decisis*:

*"...is usually the wise policy because in most matters, it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right..."*

sucede fundamentalmente, ya que en los casos de interpretación de una ley ordinaria, el Congreso puede corregir los errores de la Corte directamente mediante la legislación sucesiva. Mientras en el segundo caso, interpretación de normas de nivel constitucional, es la Corte Suprema misma la cual está constituida como la última intérprete de la norma suprema, no existiendo un poder constituyente de existencia permanente que se haga cargo de la corrección de los errores en que la Corte pudiera incurrir en el desempeño de su tarea.

- Una gran debilitación de esta doctrina se produce en los casos en que la sentencia resolutive de una contienda haya sido tomada por mayoría de votos, pero no por unanimidad.<sup>58</sup> La práctica judicial ha dado gran importancia a estos detalles de procedimiento interno; la opinión de un tribunal colegiado cobrará más relevancia, para el caso que la decisión haya sido emitida por unanimidad, considerando que esta unidad de los votantes refleja la solidez de la nueva doctrina elaborada

- Por último, la Corte, en virtud de su ubicación en el vértice de la estructura judicial, considera que todas las cortes inferiores deben sujetarse

---

Igualmente en la sentencia al caso *Monell et al. v. Department of Social Services of the City of New York* 436 U.S. 658 (1978), la Corte en su n° 695 reza:

*"...Although we have stated that stare decisis has more force in statutory analysis than in constitutional adjudication because, in the former situation, Congress can correct our mistakes through legislation, see, e.g., Edelman v. Jordan, 415 U.S. 651, 671,... (1974), we have never applied stare decisis mechanically to prohibit overruling our earlier decisions determining the meaning of statutes".*

<sup>58</sup>- *American Trucking Associations inc. et al. v. Sheiner* 107 S. Ct. 2829 (1987); *Atascadero State Hospital et al. v. Scanlon* 473 U.S. 234 (1985).

a sus propias decisiones. <sup>59</sup> Asume dicha actitud considerando que ella misma es la última intérprete de la norma fundamental, con lo cual, su opinión acerca de una cuestión de derecho es la última que se puede emitir, y no existiendo tribunales superiores ante los cuales apelar su fallo, el mismo poseerá carácter de permanencia.

## II- EL SISTEMA DEL PRECEDENTE EN SU APLICACION A LAS CORTES INFERIORES

Los jueces al asumir su mandato, juran esencialmente obedecer la ley vigente, pero, ellos se encuentran igualmente vinculados a la opinion de la Corte en cuanto única interpretación válida de la Constitución. Esto significa que todas los jueces pertenecientes a instancias inferiores a la Corte Suprema, deban seguir sus lineamientos, respetándolos como a la ley misma. Este principio teórico general sufre en la práctica una fractura momentánea, ya que los jueces tienen la posibilidad de apartarse de una decisión previa, pero dicho error será seguramente subsanado por el tribunal de alzada, y en última instancia, por la Corte misma.

De todos modos, la jerarquía y el prestigio de la Corte, ambos elementos de gran valor en los Estados Unidos, convierten practicamente en no realizable por parte de las cortes inferiores, un comportamiento de las

---

<sup>59</sup>- Así la Corte en el caso *Illinois v. Gates et Ux.* 462 U.S. 213, 224 (1983), expresa:

*"... Where difficult issues of great public importance are involved, there are strong reasons to adhere scrupulously to the customary limitations on our discretion...By following this course, we promote respect for the procedures by which our decisions are rendered, as well as confidence in the satbility of prior decisions".*

características del descripto. Aún con todo, no podemos olvidar la relevancia actual que han obtenido las correspondientes excepciones al principio general. <sup>60</sup>

#### 4- REQUISITOS NECESARIOS PARA PONER EN FUNCIONAMIENTO EL PODER JUDICIAL. JURISDICCION. *STANDING*

Hemos ya analizado cual debe ser el comportamiento que las cortes deben adoptar en el desempeño de sus funciones, y el rol que ellas desarrollan en el sistema judicial. Pero no podemos descuidar el hecho que las cortes no poseen la facultad de auto-provocar su jurisdicción, por lo cual, existen ciertas condiciones o requisitos que se deben reunir para que esta maquinaria se ponga en acción. Analicemos ahora cuáles son dichas condiciones, sin las cuales, la función judicial carecería de un detonante procesal.

El primer elemento requerido para que una corte se ponga en movimiento de frente a la presentación de un planteamiento o conflicto a ser resuelto de acuerdo a derecho, es la jurisdicción. <sup>61</sup> Una vez determinada la existencia de la

---

<sup>60-</sup> A título ejemplificativo referimos el caso del denominado *anticipatory overruling*. Esta situación se hace visible, cuando la Suprema Corte ha ido debilitando la fuerza obligatoria de un cierto pronunciamiento, no formalmente por medio de un *obiter dictum*, sino a través de una *ratio decidendi*. De esta forma, la corte inferior podrá negarse a seguir un precedente de la Corte Suprema, cuando resulta casi con certeza basándose sobre pronunciamientos de la segunda, que la misma no seguirá aplicando el precedente de que se trate.

<sup>61-</sup> La jurisdicción integra el poder estatal como una de sus funciones. Se puede definir como el poder conferido por el estado a ciertos órganos, con la finalidad que los mismos resuelvan, mediante la sentencia, las cuestiones que les someten los justiciables. Fundamentalmente es definible como la capacidad de administrar justicia.



jurisdicción en manos del tribunal de que se trate, la corte como paso siguiente, entrará a considerar si la persona que presenta el caso posee legitimación.<sup>62</sup> Fundamentalmente, las condiciones necesarias para que una persona posea *standing*, han sido caracterizadas por la Corte Suprema en el caso *Valley Forge Christian College v. Americans United for separation of Church and State*.<sup>63</sup> Así, la parte deberá demostrar: a- que ha sufrido un daño actual o que existe seria amenaza de sufrirlo, como resultado de una conducta ilegal imputable al demandado; b- que el daño ha sido causado por la conducta de la parte demandada, con lo cual, se deberá probar el nexo de causalidad entre la conducta dañosa y el daño sufrido por el actor; y, c- que la ofensa sufrida es susceptible de ser resarcida por medio de una decisión judicial favorable.<sup>64</sup>

Como se observa, este es un concepto sobre todo definible discrecionalmente por los jueces por medio de sus manifestaciones más concretas a través de sus sentencias<sup>65</sup>, con lo cual, no siendo posible una generalización

---

La determinación de la jurisdicción de cada corte no se encuentra dentro de su propia competencia. Vale decir, que será la Constitución federal, o las respectivas constituciones estatales a dar los lineamientos generales, siendo completada su determinación por los respectivos congresos.

<sup>62</sup>- "It is definable as a court's determination of whether a person's dispute with another party is deserving of judicial resolution". D. RHODE y H. SPAETH *Supreme Court decision making*, San Francisco, 1975, pág. 13.

<sup>63</sup>- *Valley Forge Christian College v. Americans United for separation of Church and State* 454 U.S. 464, 471, 472 (1982). Ver también *Allen v. Wright* 468 U.S. 737,750 (1984).

<sup>64</sup>- Vid. L. TRIBE, *American constitutional law*, op. cit. (n° 13), pág. 107 - 129.

<sup>65</sup>- Vid. S. BONDES "The idea of a case", en *Stanford Law Review* 1989-90, Vol. 42, pág. 228.

del mismo y no formando parte específica de nuestro trabajo, proponemos reseñar brevemente sus componentes.

## I- LA DOCTRINA DEL CASE OR CONTROVERSY

A diferencia de otros actores de la vida política, los jueces no pueden iniciar una acción judicial por sí mismos. <sup>66</sup> Así, el artículo III de la Constitución, hace repetidas veces alusión a los términos *case* y *controversy*, refiriéndose con esos términos al ámbito dentro del cual debe desempeñarse la función de administrar justicia, función depositada en manos de los jueces. De esta forma, la norma fundamental ha impuesto una de las principales limitaciones al ejercicio de la jurisdicción. <sup>67</sup> De estos términos surge posteriormente, la doctrina que ahora estamos explicando. <sup>68</sup>

---

<sup>66</sup>- Vid. D. RHODE y H. SPAETH, *Supreme Court decision making*, op. cit. (nº 62), pág. 10.

<sup>67</sup>- Si bien la Constitución no consagra expresamente esta limitación, así fue interpretado jurisprudencialmente entre otros, en los casos *Allen v. Wright* 468 U.S. 737,750 (1984), éste reuniendo la particularidad, de analizar en detalle cada uno de los elementos que se requieren para que la parte actora posea *standing*.

Igualmente, en el caso *Warth v. Seldin* 422 U.S. 490 (1975) se establece claramente en su nº 498:

*"...In its constitutional dimension, standing imports justiciability: whether the plaintiff has made out a "case or controversy" between himself and the defendant within the meaning of Art. III... As an aspect of justiciability, the standing question is whether the plaintiff has "alleged such a personal stake in the outcome of the controversy" as to warrant his invocation of federal court jurisdiction and to justify exercise of the court's remedial powers on his behalf..."*

<sup>68</sup>- Esta doctrina implica, que sólo se reconocerá función o actividad jurisdiccional en la desarrollada por un órgano cuando existe controversia, contienda o litis entre partes con intereses opuestos. Por lo tanto, deberá existir una contienda real entre dos o más personas, cuyos intereses esten en conflicto.

Así limitada la jurisdicción de las cortes, quedan excluidas dos posibilidades. En primer lugar, las cortes no pueden emitir *advisory opinions*, ello implica que no puedan dar su opinion ante la solicitud del Congreso - con respecto a la constitucionalidad de los proyectos de ley - o, del Poder Ejecutivo respecto de sus funciones. Y en segundo lugar, se ven impedidas de analizar situaciones abstractas surgidas como consecuencia de la aplicación de una ley. <sup>69</sup>

## II- DAÑO LEGAL

Ahora bien, sólo por el hecho de existir un conflicto entre dos partes con intereses opuestos no se configura el requisito de *standing*. La contienda debe necesariamente estar referida a un objeto jurídicamente protegido <sup>70</sup>, o bien, que sin estar protegido específicamente por una norma particular, dicha actitud reúna características de ofensiva de los principios contenidos tácitamente en el ordenamiento jurídico. El único efecto que produce este nuevo elemento es precisamente, evitar la intervención de las cortes federales ante la inexistencia de una ley, con lo que se previene el análisis de una cuestión abstracta, situación prohibida por el artículo III de la Constitución.

---

Contrariamente, no se cumpliría con este requisito constitucional cuando, sin existir contienda, un órgano estatal reemplace la voluntad de los referentes directos de la norma a ser aplicada.

<sup>69</sup>- Vid. P. KAUPER "*Judicial review of Constitutional issues...*", *op. cit.* (nº 13), pág. 608.

<sup>70</sup>- Vid. D. RHODE y H. SPAETH, *Supreme Court decision making*, *op. cit.* (nº 62), pág. 14.

Solamente existiría daño u ofensa actual en virtud de la ley creadora de derechos legalmente protegidos, invasión de los cuales crea *standing*.<sup>71</sup>

Por su parte, este daño no podrá ser invocado indistintamente por cualquier persona, debe ser invocado por quien efectivamente lo haya sufrido en su persona o en sus bienes, dando origen así al denominado daño directo. La excepción a esta máxima, se daría, si la persona afectada fuera menor o legalmente incapaz, en cuyo caso su representante legal será el encargado de llevar a cabo la iniciación de la acción correspondiente.<sup>72</sup>

### III- NEXO CAUSAL

La Corte ha manifestado que el requisito de daño directo se ve coronado con la demostración del nexo de causalidad, entre el daño sufrido y

---

<sup>71</sup>- Ver *Warth v. Seldin* 422 U.S. 490 (1975), citado en L. TRIBE, *American constitutional law*, op. cit. (nº 13), pág. 109 - 110 - 112 - 114 - 117 - 119.

Claro ejemplo de este requisito se observa en el nº 753 del caso *Allen v. Wright* 468 U.S. 737 (1984). En el mismo, la Corte, refiriéndose a la alegación hecha por padres de niños negros de una escuela pública, sosteniendo el daño que producía a sus hijos la ayuda financiera prestada por el gobierno a escuelas discriminatorias privadas, sostuvo que la misma no era suficiente para otorgar *standing* para actuar ante una corte federal bajo el art. III de la Constitución, ya que:

*"... fails under clear precedents of this Court because it does not constitute judicially cognizable injury.... the alleged injury is not fairly traceable to the assertedly unlawful conduct of the IRS."*

<sup>72</sup>- Ejemplos de acciones de carácter grupal, ante el caso de la violación de "intereses difusos", pueden observarse en: *Schlesinger v. Reservists to Stop the War* 418 U.S. 208 (1974), *United States v. Richardson* 418 U.S. 166 (1974), *Flast v. Cohen* 392 U.S. 83 (1968), *Forthingam v. Mellon* 262 U.S. 447 (1923); todos ellos resueltos negativamente, por considerar la Corte, que no reunían el requisito de *standing*.

la conducta del demandado. <sup>73</sup> Este requisito posee dos subintegrantes a ser probados por el actor, en primer lugar, que la alegada conducta ilegal le ha causado su daño actual; y en segundo lugar, que el perjuicio causado por esa conducta puede ser resarcido por medio de una sentencia favorable. <sup>74</sup>

#### IV- LA DOCTRINA DE LAS CUESTIONES POLITICAS

La ausencia de uno de los requisitos exigidos por el *standing* convierte un caso en no justiciable. La Corte, no podrá entrar a considerar el mismo por encontrarse fuera de su esfera de acción. Entre estas cuestiones o controversias que no pueden ser consideradas por la Corte por carecer de algunos de los requisitos que provocan como un resorte la jurisdicción de los órganos encargados de administrar justicia, se encuentran las denominadas cuestiones políticas. En realidad, el límite entre lo que debe entenderse como cuestión política, y aquello que no lo es, están demarcados por una zona gris <sup>75</sup>, y

<sup>73</sup>- Vid. L. TRIBE, *American constitutional law*, op. cit. (nº 13), pág. 129 - 134.

<sup>74</sup>- Uno de los casos claves para esta determinación fue *Allen v. Wright* supra nº 60. G. R. STONE y otros *Constitutional Law*, Boston - Toronto, 1986, pág.90.

En el presente caso, acción iniciada invocando discriminación de las escuelas públicas de niños negros, en virtud de la ayuda financiera y la exención de tasas por parte del gobierno, a las escuelas privadas y discriminatorias; la Corte sostuvo en su nº 757 que:

*"...In this case, respondents' second claim of injury cannot support standing because the injury alleged is not fairly traceable to the Government conduct respondents challenge as unlawful... The line of causation between that conduct and desegregation of respondents' schools is attenuated at best.... The links in the chain of causation between the challenged Government conduct and the asserted injury are far too weak for the chain as a whole to sustain respondents' standing."*

<sup>75</sup>- Vid. L. TRIBE, *American constitutional law*, op. cit. (nº 13), pág. 96 - 97.

vienen definidos por la misma Corte.<sup>76</sup> Así, la corte marginará ciertos casos en los que crea que es más apropiada la toma de una decisión por parte de alguno de los otros poderes estatales; o bien, cuando considere que el proceso judicial no es el medio apto o idóneo, para otorgar una solución justa al problema que se le plantea. En relación a qué aspectos deben o no considerarse incluídos dentro de las cuestiones políticas, encontramos diversas tendencias doctrinarias, de las cuales hemos seleccionado las más sobresalientes a efectos de desarrollarlas sintéticamente:

---

<sup>76</sup>- Ver *Baker v. Carr* 369 U.S. 186, 217 (1962).

Sin perjuicio de remitir a la completa lectura del presente caso, transcribimos sus partes substanciales:

*"...it is the relationship between the judiciary and the coordinate branches of the Federal Government, and not the federal judiciary's relationship to the States, which gives rise to the "political question". We have said that «In determining whether a question falls within ( the political question ) category, the appropriateness under our system of government of attributing finality to the action of the political departments and also the lack of satisfactory criteria for a judicial determination are dominant considerations».... The nonjusticiability of a political question is primarily a function of the separation of powers... Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question. Unless one of these formulations is inextricable from the case..., there should be no dismissal for nonjusticiability on the ground of a political question's presence."*

a- en primer lugar, encontramos la tesis que se pronuncia por la necesidad de la existencia de esta doctrina, en razón que en el sistema de gobierno, la responsabilidad de interpretar la Constitución se ve compartida por los tres poderes del estado federal. Las cortes, en general, se encargan de la protección de los perjudicados por abusos del poder gobernante. Según esta tesis, esta doctrina debería verse como un medio apto para lograr la repartición de ésta responsabilidad antes mencionada, en lo que se refiere a la interpretación de las normas de nivel constitucional. Las cortes, por medio de ella, se alejan del riesgo de romper este equilibrio de poderes, usurpando facultades que no le corresponden, y dejando absoluta libertad en la toma de decisiones de cuestiones constitucionalmente atribuidas a las otras ramas de poder, por parte de las mismas.<sup>77</sup>

b- La segunda posición, considera que no cabe duda alguna acerca de existencia de las denominadas cuestiones políticas, y que si bien deben ser resueltas por las ramas políticas del gobierno - cosa lógica en un sistema en el cual rige la división de poderes -, en realidad no existe una doctrina que excluya del control de las cortes dichas cuestiones. Algunos casos necesariamente quedarán excluidos del control de constitucionalidad, pero por no existir un caso o controversia concreta, o porque simplemente faltan algunos de los requisitos hasta ahora desarrollados. Pero debe ser clarificado que, no hay cláusulas constitucionales que excluyan la posibilidad de ejercer el *judicial review* por sus propios términos.<sup>78</sup> En esta orientación, creemos percibir, que existen dos etapas

---

<sup>77</sup>- Vid. P. MULHERN "In defense of the Political Question Doctrine", en University of Pennsylvania. Law Review 1988-89, Vol. 137, pág. 175-76.

<sup>78</sup>- Vid. L. HENKIN "Is there a "Political Question" doctrine?", en Yale Law Journal 1976, Vol. 85, pág. 597, 600, y nota n° 12.

bien diferenciadas que no deben confundirse entre sí. La primera, está enmarcada por la actitud decisional del órgano competente, en razón de ser referente contitucional directo de una cierta norma dada. La segunda, se iniciaría ante el planteamiento de una cuestión judicial ante un tribunal, derivada de la interpretación constitucional realizada por la otra rama del poder estatal, que por ser errónea o inconstitucional, provoca un perjuicio a un individuo o grupo de ellos.

Concretamente, es relevante que, aún siendo la doctrina de las cuestiones políticas extremadamente discutida, la Corte en la práctica ha aludido no sólo tácita, sino también expresamente a ella, a efectos de evitar la resolución de ciertos casos.<sup>79</sup> Probablemente debamos reconocer en esta doctrina la valbula de escape que la corte utilizará para ejercer el *judicial self restraint*, aprovechando la oportunidad que le otorga el encontrarse dentro de una cortina de humo creada por las cuestiones políticas, contribuyendo de esta forma al equilibrio de las tres ramas del poder. Así, la Corte, guardando silencio sobre ciertas cuestiones que ella determinará discrecionalmente, conserva su rol de administrador de justicia, evitando una invasión del Poder Legiferante.

## V- LAS DOCTRINAS DEL RIPNESS Y MOOTNESS

En este desarrollo que estamos realizando, no podemos omitir la mención de las barreras o límites de carácter temporal, que se deben igualmente sortear para arribar a la contienda judicial. Entre ellas, la doctrina del

---

<sup>79</sup>- Encontramos ejemplos de ello en *Luther v. Borden* 48 U.S. (7 How) 1 (1849); *Powell v. McCormack* 395 U.S. 486 (1969). Y aunque paradójicamente, la exposición más clara de esta doctrina hecha por la Corte, se observa en *Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962), caso en el que rechazó su aplicación.



*ripeness* actúa como una barrera que impide a las cortes entrar a analizar cuestiones remotas que no justifican una intervención judicial.<sup>80</sup> Fundamentalmente, cuando se considera que un caso determinado no está maduro para su adjudicación judicial, se están realizando consideraciones prospectivas. Se tiene en cuenta que eventos futuros podrán afectar la estructura de la problemática de una cierta manera, que resulta conveniente esperar para su planteamiento, de tal forma de lograr una solución más apta para la resolución del conflicto. Por medio de esta doctrina, simultáneamente se limitan las cortes, evitando el dictado de una sentencia en relación a una cuestión abstracta o hipotética.<sup>81</sup>

Contrariamente a las especulaciones prospectivas del *ripeness*, las condiciones impuestas por el *mootness*, analizan la relación entre los hechos pasados con los cambios presentes, a efectos de determinar si nos encontramos

---

<sup>80</sup>- Ver *United Public Workers of America v. Mitchell* 330 U.S. 75 (1947); *Abbott Laboratories v. Gardner* 387 U.S. 136 (1967) que en su n° 148 expresa claramente:

"...Without undertaking to survey the intricacies of the ripeness doctrine it is fair to say that its basic rationale is to prevent the courts, through avoidance of premature adjudication, from entangling themselves in abstract disagreements over administrative policies, and also to protect the agencies from judicial interference until an administrative decision has been formalized and its effects felt in a concrete way by challenging parties."

*Laird v. Tatum* 408 U.S. 1 (1972), entre otros.

<sup>81</sup>- Vid. L. TRIBE, *American constitutional law*, op. cit. (n° 13), pág. 77.

ante un caso o controversia - de acuerdo a las exigencias del artículo III - reuniendo las condiciones de justiciabilidad.<sup>82</sup>

## 5- MEDIOS DE ACCESO A LA CORTE SUPREMA FEDERAL

No todos los casos que reúnen las condiciones mencionadas en los párrafos precedentes tendrán necesariamente acceso a la Corte Suprema Federal. Todos los enumerados hasta aquí son requisitos exigidos por el artículo III de la Constitución federal, para que un determinado caso sea susceptible de entrar dentro de la jurisdicción de las cortes federales, y como lógica consecuencia, serán también aplicables a los casos que se presenten a la Corte Suprema Federal. Pero en relación a esta última categoría de casos mencionados, existen solamente cuatro posibilidades o vías de atraer la atención de la Suprema Corte.

---

<sup>82</sup>- Ver *Powell v. Mc Cormack* 395 U.S. 486, 496 (1969) donde se clarifica que "...mootness has two aspects: «when the issues presented are no longer 'live' or the parties lack a legally cognizable interest in the outcome»."

Igualmente ver *North Carolina v. Rice* 404 U.S. 244, 246 (1971); y *United States Parole Comm'n v. Geraghty* 445 U.S. 388, 395-97 (1980) donde la Corte expresa la flexibilidad de esta doctrina, y lo reafirma por medio de la cita de otros casos anteriores, donde se ve anticipada la actual posición de la misma:

"...These case demonstrate the flexible character of the Art. III mootness doctrine. As has been noted in the past, Art. III justiciability is «not a legal concept with a fixed content or susceptible of scientific verification.» *Poe v Ullman*, 367 US 497, 508, 6 L Ed 2d 989, 81 S Ct 1752 (1961) (plurality opinion). «(T)he justiciability doctrine (is) one of uncertain and shifting contours.» *Flast v Cohen*, 392 US, at 97, 20 L Ed 2d 947, 88 S Ct 1942."

Todos ellos citados por L. TRIBE, *American constitutional law*, op. cit. (nº 13), pág. 82.

La primera de ellas es invocando la jurisdicción originaria de la Corte. Los casos presentados podrán ser incluidos dentro de una de las dos subclases existentes dentro de esta jurisdicción mencionada. Una de ellas, la jurisdicción originaria y exclusiva <sup>83</sup>, incluye todas las controversias entre dos o más Estados y, todas las acciones o procedimientos, en contra de embajadores u otros ministros públicos de estados extranjeros, o sus empleados domésticos. La restante, la jurisdicción simplemente originaria pero no exclusiva, absorberá todas las acciones o procedimientos presentadas por embajadores u otros ministros públicos de estados extranjeros, o en las cuales cónsules o vice cónsules de estados extranjeros sean parte, todas las controversias entre los Estados Unidos y un Estado, y todas las acciones o procedimientos de un Estado en contra de ciudadanos de otro Estado, o en contra de extranjeros. <sup>84</sup>

La segunda posibilidad de acceso a la Corte, es por vía de apelación (writ of appeal). Cuando la parte opta por esta vía, tiene un derecho consagrado legalmente a que su caso sea escuchado por la Corte, y esta última, tiene la

---

83- "Title 28, Part IV - Jurisdiction and Venue, Chapter 81 - Supreme Court, Sec. 1251 - Original Jurisdiction (a) The Supreme Court shall have original and exclusive jurisdiction of: (1) All controversies between two or more States; (2) All actions or proceedings against ambassadors or other public ministers of foreign states or their domestics or domestic servants, not inconsistent with the law of nations.". The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts with excerpts from the criminal code, Compilado por Henry Hart Jr. y Herbert Wechsler, Mineola - New York, 1976, pág. 85.

84- "Title 28, Part IV, Chapter 81, Sec. 1251 Original jurisdiction. (b) The Supreme Court shall have original but not exclusive jurisdiction of: (1) All actions or proceedings brought by ambassadors or other public ministers of foreign states or to which consuls or vice consuls of foreign states are parties; (2) All controversies between the United States and a State; (3) All actions or proceedings by a State against the citizens of another State or against aliens." The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts..., op. cit. supra (nº 83), pág. 85.

obligación de abrir su jurisdicción ante una apelación realizada que reúna las condiciones legales. Ello sucede en los siguientes casos:

a- Para el caso de tratarse de la revisión de una sentencia emanada de una Corte Estatal. <sup>85</sup>

b- Tratándose de la revisión de sentencias provenientes de una Corte de Apelación. <sup>86</sup>

c- Para el caso de una apelación directa de decisiones invalidantes de actos del Congreso. <sup>87</sup>

---

<sup>85</sup>- "Title 28, Part IV, Chapter 81, Sec. 1257 *State Courts; appeal; certiorari. Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court as follows: (1) By appeal, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of the United States and the decision is against its validity. (2) By appeal, where is drawn in question the validity of a statute of any State on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favor of its validity*", The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts..., op. cit. supra (nº 83), pág. 86/7.

<sup>86</sup>- "Title 28, Part IV, Chapter 81, Sec. 1254 *Courts of appeals; certiorari, appeal; certified questions. (2) By appeal by a party relying on a State statute held by a court of appeals to be invalid as repugnant to the Constitution, treaties or laws of the United States, but such appeal shall preclude review by writ of certiorari at the instance of such appellant, and the review on appeal shall be restricted to the Federal questions presented*". The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts..., op. cit. supra (nº 83), pág. 86.

<sup>87</sup>- "Title 28, Part IV, Chapter 81, Sec. 1252 *Direct appeals from decisions invalidating Acts of Congress. Any party may appeal to the Supreme Court from an interlocutory or final judgment, decree or order of any court of the United States, the United States District Court for the District of the Canal Zone, the District Court of Guam and the District Court of the Virgin Islands and any court of record of Puerto Rico, holding an Act of Congress unconstitutional in any civil action, suit, or proceeding to which the*

d- Por último, existe una cuarta posibilidad de acceso a la Corte Suprema en vía de apelación, cuando una Corte Federal Especial de Distrito de tres jueces, haya otorgado o denegado una *injunction* en un procedimiento que se ha desarrollado ante ella.<sup>88</sup>

El writ of certiorari es la tercera vía de provocar la jurisdicción de la Suprema Corte federal. Este canal, posee la característica de ser un poder absolutamente discrecional, que se encuentra en manos de la Corte misma; el aceptar o no el tratamiento de una cuestión que accede a ella utilizando este camino, depende pura y exclusivamente del criterio de admisión que adopte la misma. De todos modos, no cualquier justiciable se encuentra facultado para hacer uso de este derecho, pertenecerán a la clase privilegiada, solamente aquellas personas que tengan la potencialidad de ejercer la facultad de apelar.<sup>89</sup>

---

*United States or any of its agencies, or any officer or employee thereof, as such officer or employee, is a party. A party who has received notice of appeal under this section shall take any subsequent appeal or cross appeal to the Supreme Court. All appeals or cross appeals taken to other courts prior to such notice shall be treated as taken directly to the Supreme Court."* The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts..., op. cit. supra (n° 83), pág. 85/6.

88- "Title 28, Part IV, Chapter 81, Sec. 1253 *Direct appeals from decisions of three-judge courts. Except as otherwise provided by law, any party may appeal to the Supreme Court from an order granting or denying, after notice and hearing, an interlocutory or permanent injunction in any civil action, suit or proceeding required by any Act of Congress to be heard and determined by a district court of three judges."* The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts..., op. cit. supra (n° 83), pág. 86.

89- "Title 28, Part IV, Chapter 81, Sec. 1254 *Courts of appeals; certiorari; appeal; certified questions. Cases in the Courts of appeals may be reviewed by the Supreme Court by the following methods: (1) By writ of certiorari granted upon the petition of any party to any civil or criminal case, before or after rendition of judgment decree;...* Sec. 1255 *Court of Claims; certiorari; certified questions. Cases in the Court of Claims may be reviewed by the Supreme Court by the following methods:*

Aun existiendo teóricamente este derecho en manos de dichas personas, no todos los casos planteados por ellas tienen acceso directamente a la Corte - a diferencia de lo que sucede en el caso de la apelación que está legalmente garantida -. En las presentes circunstancias, la Corte posee la facultad de control formal y en razón de la materia, lo cual le permite decidir con absoluta discrecionalidad, acerca de la admisibilidad o no de una cuestión que se le presenta por medio de este procedimiento.

Esta jurisdicción discrecional se activa formalmente, llenando una petición de *writ of certiorari*.<sup>90</sup> Posteriormente, la solicitud es analizada por la Corte, y decidida por ella de acuerdo a las reglas de procedimiento consagradas en las *Rule 24 - 25* del U. S. C., teniendo en cuenta el criterio general de admisión.

<sup>91</sup> Dicho criterio, es de caracter extremadamente ambiguo y bago, poseyendo como

---

(1) By writ of certiorari granted on petition of the United States or the claimant;... Sec. 1256 Court of Customs and Patent Appeals; certiorari. Cases in the Court of Customs and Patent Appeals may be reviewed by the Supreme Court by writ of certiorari. Sec. 1257 State Courts; appeal; certiorari. Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court as follows:... (3) By writ of certiorari, where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a State statute is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties or laws of the United States, or where any title, right, privilege or immunity is specially set up or claimed under the Constitution, treaties or statutes of, or commission held or authority exercised under, the United States. The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts..., op. cit. supra (nº 83), pág. 86/7.

<sup>90</sup>- Los elementos necesarios, que esta solicitud debe reunir formalmente para ser considerada por la Corte, están consagrados en The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts..., op. cit. supra (nº 83), Rule 23, pág. 681/2/3.

<sup>91</sup>- El criterio general utilizado por la Corte, a los efectos de decidir la admisión o no de una cierta cuestión planteada por medio del *writ of certiorary* se encuentra expresado en la Rule 19, The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts..., op. cit. supra (nº 83), pág. 678/9. Para que

única característica claramente distinguible, la amplia discreción con que cuentan los mismos jueces para evaluar esta situación.<sup>92</sup>

Por último, se encuentra el writ of certification. Esta situación se observa cuando una corte inferior solicita a la Corte Suprema se expida dando instrucciones precisas a la primera, sobre alguna cuestión de derecho que contribuya a la resolución de la controversia de que se trate.<sup>93</sup> Esta facultad

---

el recurso sea analizado en el mérito, es necesario que al menos cuatro de los jueces de la Corte se manifieste en sentido afirmativo. Excepcionalmente si tres jueces solicitan el tratamiento de la cuestión, el mismo puede ser concedido, bajo la condición que si los motivos que causaron el interés de la Corte se desvanecen, la misma no pasará al estudio de la cuestión de fondo, y declarará el recurso concedido *improvidently granted*. Posteriormente la regla n° 19 enumera una serie de situaciones en las cuales el recurso debería concederse, pero dicha lista posee un carácter simplemente descriptivo o ejemplificativo, y no exhaustivo.

<sup>92</sup>. Dicha discrecionalidad de la Corte en el uso de este recurso, conforma para ciertos autores precisamente su ventaja. Ya que pareciera verse en él, el único instrumento en grado de permitirle a la Corte de asumir sus propias funciones, y de intervenir en todos aquellos casos que presentan importantes problemas de interés público. Resulta una válvula de apertura de la jurisdicción de la Corte, que le permite regularla de acuerdo a la importancia institucional o pública de la cuestión de que se trate, entrando al tratamiento de cuestiones que probablemente, desde un punto de vista estrictamente formal, nunca hubieran llegado a tal instancia. La restricción, por su parte, de la presente facultad discrecional de la Corte, traería como consecuencia la parálisis de este órgano, por la imposibilidad de hacer frente a la gran cantidad de casos que ella se vería obligada a decidir. Vid. V. VIGORITI, "Problemi del processo costituzionale: poteri discrezionali dei giudici ed efficacia nel tempo della sentenza", en Riv. trim. dir. e proc. civ. 1967, Vol. 1967, pág. 1482.

<sup>93</sup>. "Title 28, Part IV, Chapter 81, Sec. 1254 Courts of appeal; certiorari; appeal; certified questions. Cases in the Courts of appeals may be reviewed by the Supreme Court by the following methods: (3) By certification at any time by a court of appeals of any question of law in any civil or criminal case as to which instructions are desired, and upon such certification the Supreme Court may give binding

puede ser utilizada indistintamente en casos civiles o penales, en cualquier momento del proceso, por parte de una corte de apelación. La misma expresa su deseo de recibir instrucciones de la Corte Suprema, la cual puede optar por dar instrucciones vinculantes, o requerir el envío de los actuados para la decisión directa de la controversia judicial.

## 6- DESCRIPCION GENERAL DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DECLARATIVA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY

Hasta aquí hemos descripto las fases decisivas y los requisitos primordiales para que un procedimiento se desarrolle en el máximo de su potencialidad, llegando incluso a lograr que la misma Suprema Corte analice la controversia, a efectos de resolverla. Todo esta serie sucesiva y encadenada de actos procesales llegará a su conclusión definitiva con la sentencia, acto procesal que cierra definitivamente la posibilidad de discusión, y que resuelve la litis de acuerdo y por medio de la aplicación del derecho vigente.

Pero, la sentencia que dicta la Suprema Corte, en virtud del órgano del cual emana, no es una sentencia ordinaria. Debemos convenir que nos encontramos ante un tipo particular de sentencia, particularidad que se ve magnificada cuando la Corte se expresa sobre la constitucionalidad de una disposición o norma emanada del Congreso federal. Así, nos encontraremos ante la sentencia de declaración de inconstitucionalidad de una ley, por ser contraria a

---

*instructions or require the entire record to be sent up for decision of the entire matter in controversy." The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts..., op. cit. supra (nº 83), pág. 86.*



las disposiciones derivadas de la norma fundamental. Esta sentencia contará en principio, con los mismos efectos que produce una sentencia ordinaria - aunque con características particulares -, pero se le agregarán efectos especiales para el tipo.

## I- DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Siendo el control de constitucionalidad de las leyes una de las prácticas más antiguas en la vida política americana, encontramos lógicamente expresiones acerca de la naturaleza jurídica de la ley declarada inconstitucional, en los diversos ámbitos de aplicación de dicho control. <sup>94</sup> Lógicamente que merece un lugar de preferencia la opinión de la Corte en el caso *Marbury v. Madison* <sup>95</sup>, en el cual se establece que, todo acto contrario a la Constitución es inválido, y como consecuencia no aplicable por los jueces. Posteriormente, la Corte ha expresado nuevamente su opinión al respecto en el voto del Juez Field, cuando sostiene que una ley inconstitucional es inoperativa como si nunca hubiera sido aprobada por el Congreso. <sup>96</sup>

---

<sup>94</sup>- Este título sigue el desarrollo de O. P. FIELD en su libro *The effect of an unconstitutional statute*, Minneapolis, 1935, pág. 1 a 8.

<sup>95</sup>- *Marbury v. Madison*, Vid. *supra* nota n° 7.

<sup>96</sup> \_

" *An unconstitutional statute is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as it had never been passed.*"

Opinión expresada en *Norton v. Shelby County* 118 U. S. 425 (1886), citado en O. FIELD *The effect of an unconstitutional...*, op. cit. (n° 93).

Con la evolución de criterios producida por medio del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, fueron surgiendo también diversidad de posiciones doctrinarias que han sostenido y debatido distintas teorías sobre el tema, sin haberse adoptado una postura concreta de frente a este problema en forma unitaria a lo largo del tiempo transcurrido. Solamente se logra identificar una de entre todas ellas, durante ciertos períodos, considerada como la dominante. Así se obtiene que, durante la época tradicional del *judicial review*, la posición rectora era aquella que sostenía que una ley inconstitucional es inválida desde sus orígenes. Durante la etapa de transición hacia la actualidad, prevaleciendo el principio de la *legislative deference*, era normal que existiera una presunción de validez a favor de la norma dictada de acuerdo a los procedimientos legislativos, por parte del Congreso. Finalmente, la postura actual indica que éste es un problema que debe ser resuelto analizando las circunstancias particulares que rodean cada caso concreto.

Existiendo diversidad de teorías en relación a los efectos de una ley inconstitucional, que han sido aplicadas alternativamente en diferentes momentos y situaciones por las cortes de justicia, creemos importante destacar las más sobresalientes:

a- Teoría de la nulidad desde el origen de la ley: de acuerdo a ella, la ley debe ser eliminada totalmente desde sus orígenes, excluyendo su aplicación a los efectos de resolver el caso concreto. Igualmente, excluye la posibilidad de que la misma venga considerada como un hecho que contribuya a clarificar la situación fáctica. Por lo tanto, en la presente, nos encontraríamos frente a una sentencia simplemente declarativa de un vicio preexistente. Como consecuencia de la presente, si en virtud de la aplicación de una disposición de ley que en apelación viene declarada ilegítima, una persona ha sido arrestada, acusada, juzgada y condenada, la misma a partir de dicho pronunciamiento de

inconstitucionalidad por parte de una corte de justicia, podrá considerarse libre en todo lo que se refiere al proceso y a la ley que permitió inicialmente pronunciar una condena y ahora viene considerada ilegítima. Ello desde que de acuerdo a esta posición no tiene ninguna importancia el hecho de que la ley haya sido emanada del Congreso, aprobada por el Poder Ejecutivo, y cumplida por los sujetos regidos por el ordenamiento jurídico hasta el momento de su declaración de invalidez. Una vez que una corte reconozca en ella una ilegitimidad por ser contraria a principios de orden constitucional, vendrá automáticamente considerada como si la misma no hubiese nunca existido, perdiendo validez como consecuencia, todos los efectos por ella producidos desde el momento de su entrada en vigencia. Idénticas consecuencias se seguirían si la norma ha sido declarada inválida, con anterioridad a la comisión del acto considerado delictuoso por ella. Ahora, si existiese otra norma que condena dicho acto en forma independiente, el sujeto podrá venir procesado, y éste último procedimiento vendrá considerado como la primera oportunidad de juzgamiento.

b- Teoría de la presunción de validez de la norma: en este caso se sostiene que la ley deba considerarse como un hecho más de los que constituyen la situación concreta. Así, la ley ahora inconstitucional, viene considerada como un componente fáctico más dentro del encadenamiento de acontecimientos que dieron origen a la litis. Cuando se aplica esta tesis, se presume que la ley ha sido válida hasta el momento de la declaración de su inconstitucionalidad por una corte. Los efectos exactos de la presente presunción no son claros. Las cortes en algunas oportunidades resolverán los casos que se le plantean considerándola válida la norma, aun cuando admiten que no lo es, y ello sucederá en virtud del reconocimiento de la validez de la norma por parte de los sujetos involucrados. Siendo que los mismos sujetos referentes de la norma ahora inconstitucional, han confiado y creído en la validez de la norma que regía el

caso particular que los efectaba, una vez que una determinada relación jurídica ha sufrido una cierta evolución en aplicación de una cierta normativa, sería injusto pasar a su desaplicación total.

En realidad muchas cortes han recurrido a esta teoría aun tacitamente. Las mismas, si bien han decidido el caso sosteniendo la desaplicación de la norma, en el fondo de la toma de decisión han considerado la ley ahora inconstitucional. Esta posición aparece como más realista que la anterior. Normalmente, es muy difícil encontrar ejemplos claros y determinantes de situaciones que se adapten perfectamente a la aplicación de la primera de estas teorías. Lo más probable es que la vida real proporcione situaciones y relaciones jurídicas llenas de matices y variaciones, que serán de resolución mucho más simple si se atribuyen ciertos efectos a la norma ahora considerada ilegítima.

c- Teoría de la resolución caso por caso: de acuerdo a esta tercera posición la ley no será considerada ni totalmente constitucional, ni absolutamente priva de efectos. Se arribará a una conclusión en relación a ello, a través de la consideración no sólo de las personas implicadas en el evento de que se trate, sino también, por medio del análisis de las circunstancias particulares que rodearon el caso bajo examen. Los elementos a ser tenidos en cuenta, serán también, las partes que tienen la potencialidad de plantear la inconstitucionalidad, y los verdaderos objetivos de esta facultad de control de la constitucionalidad. Esta actitud parece lógica, desde que una ley no puede ser abstractamente considerada inválida desde sus orígenes con carácter general. Solamente cuando algunas personas se resistan a su aplicación y recurran a la ayuda del poder judicial, a efectos que la misma venga desaplicada en relación a

ellas, a sus propiedades, a sus derechos, es que la declaración de ilegitimidad debe comenzar a surtir sus efectos.

Un principio de derecho bien conocido es el del respeto por el órgano legislativo, y consecuentemente se deriva que una norma derivada de dicho organismo, no puede ser nula sino anulable. De dicha anulabilidad, sólo podrán obtener una ventaja, aquellos sujetos que tienen el derecho de plantear el cuestionamiento de la ley que los afecta. Solamente a través de esta vía es que las cortes de justicia están llamadas a proteger los derechos de todos los sujetos del ordenamiento jurídico, cuando los mismos se vean potencialmente agredidos o violados por actitudes del Congreso. Este sería un tipo parcial de inconstitucionalidad de características particulares. La ventaja fundamental que se deriva de la presente tesis es la elasticidad en la aplicación del derecho vigente, y como contrapartida, su mayor desventaja sería la imposibilidad de impositar reglas generales de derecho, al mismo tiempo que se palntea una imprevisibilidad bastante importante de los fallos futuros de las cortes de justicia.

## II- EFECTOS EN RELACION A LAS PARTES: *INTER PARTES - ERGA OMNES*

Si bien el principio dominante en la materia es que el juez al declarar la inconstitucionalidad de una norma no puede ir más allá de la desaplicación de la ley al caso concreto bajo estudio, con lo cual el efecto se vería inicialmente limitado a las partes envueltas en el conflicto; este criterio general, se ha visto flexibilizado en la práctica judicial estadounidense, por la aplicación de la doctrina del *stare decisis*, en especial tratándose de sentencias provenientes

del más alto tribunal de justicia de los Estados Unidos.<sup>97</sup> Esta posición, que implica como ya lo desarrolláramos precedentemente, la necesidad por parte de las cortes inferiores de seguir los lineamientos trazados por la Suprema Corte, en virtud de ser la misma, la última intérprete de la Constitución Federal, provoca una extensión de la declaración de inconstitucionalidad, a todos los casos que se presenten con posterioridad, y que deban ser resueltos por la misma norma ahora declarada anulada por contraria a la norma fundamental.

En definitiva, por medio de la aplicación de la sentencia exclusivamente a las partes involucradas en una controversia dada, se cumple con el objetivo de que el juez se vea limitado pura y exclusivamente a la interpretación de la ley para el caso concreto, sin invadir la esfera creativa del poder legiferante. Paralelamente, a través de la adopción de la doctrina del *stare decisis*, se logra una extensión de la operatividad de los efectos de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad, a todos los casos futuros que involucren en su planteamiento la vigencia de una determinada ley. La misma, cuando viene declarada como inconstitucional por el máximo tribunal federal, quedará excluida de la aplicación por los tribunales inferiores con carácter *erga omnes*, permaneciendo solamente en la letra de los libros de derecho, hasta su derogación por parte del Congreso. Dicha permanencia en los libros de la norma declarada inconstitucional por la Corte - aunque la misma venga desaplicada - se traduce en una muestra del respeto de parte de las cortes en relación al Congreso, que sigue siendo el único órgano capaz de eliminar una norma jurídica del ordenamiento por medio de la derogación de la misma. La declaración proveniente de la Corte, el único resultado que produce será la

---

<sup>97</sup>- M. CAPPELLETTI, *Comparative Constitutional Law...*, op. cit. (nº 8), pág 96.

desaplicación de la norma cuestionada, correspondiendo correlativamente al órgano legiferante, la eliminación total de la ley ilegítima.

Probablemente, debamos atribuir estos mecanismos de adaptación de un principio general teórico a las necesidades prácticas, con la justificación de evitar - al encontrarnos dentro de un sistema difuso de control de constitucionalidad -, los problemas prácticos que causaría en la administración de justicia, la necesidad de la reedición de un planteamiento de inconstitucionalidad, cada vez que esté en juego una misma norma jurídica que ya ha sido desaplicada con anterioridad. El aplicar el principio de operatividad *inter partes* de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad con extrema rigidez, y sin la moderación introducida en el mismo, por medio de la doctrina del *stare decisis*, convertiría al sistema americano en lento, poco ágil y obsoleto, e incapaz de responder a las necesidades de una sociedad cambiante.<sup>98</sup>

### III- EFECTOS TEMPORALES: *EX NUNC - EX TUNC*

A efectos introductorios, y siendo el presente título el objeto de nuestro trabajo<sup>99</sup>, nos permitimos expresar simplemente la postura tradicional. La misma, al considerar la ley contraria a la Constitución como nula

---

<sup>98</sup>- Es precisamente la ausencia de dicho principio, que permite una extensión *erga omnes* de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, la razón por la cual en varios sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes latinoamericanos, se establece la necesidad de que la desaplicación de la ley inconstitucional venga solicitada caso por caso, y que no sea de aplicación automática por parte de las cortes de justicia. Ello trayendo consigo una lentitud injustificada en la puesta en marcha de la desaplicación de una norma, que ya ha sido declarada ilegítima con anterioridad. A título ejemplificativo, obsérvese la "Doctrina de Otero" en Mexico.

<sup>99</sup>- El desarrollo y evolución de este elemento básico se realizará en los capítulos posteriores.

desde sus orígenes, y poseyendo su declaración de inconstitucionalidad carácter declarativo de una nulidad preexistente, operará *ex tunc*, es decir, retroactivamente. Siendo el presente el criterio de Blackstone, con origen en el derecho inglés y de larga aplicación en los orígenes de la actividad de la Corte, es caracterizado como tradicional. En realidad, la retroactividad de estas decisiones se perfila como parte de una más amplia problemática, que según la tradición del *common law* se basa sobre la individualización de los límites a la eficacia de cualquier cambio decisonal sobre la ley. Es fundamental a este respecto, la enseñanza de la doctrina anglosajona conocida como la teoría de Blackstone, según la cual las decisiones jurisdiccionales serían por su propia naturaleza declarativas. Es así, que aun siendo Blackstone netamente contrario al control jurisdiccional de las leyes por considerarlo contrario a todos los gobiernos, su tesis viene tomada desde un punto de vista mucho más general, haciendo uso de su concepto de declarativas de las sentencias jurisdiccionales, y adaptando dicho criterio a las sentencias constitucionales.<sup>100</sup>

Contrariamente, la realidad actual nos demuestra, que este principio rotulado como tradicional continua siendo el rector de la actividad de la Corte, simplemente que han entrado en juego nuevos criterios, tendentes a la limitación prospectiva de la operatividad de las sentencias, que son adoptados en ciertos casos en base a un análisis *case by case*, con la finalidad de maximar la eficacia de la administración de justicia.

---

<sup>100</sup>. Vid. V. VIGORITI "Problemi del processo costituzionale: poteri discrezionali dei giudici...", *op. cit.* n° 9, pág. 1487; y, L. P. COMOGLIO, "Diritto di difesa e retroattività delle decisioni costituzionali", en *Riv. Dir. Proc.* 1967, Vol. 1967, pág. 81 - 82.



#### IV- COSA JUZGADA

De acuerdo al artículo III de la Constitución Federal, la Corte Suprema es el último peldaño dentro de la escala judicial. No existe otra posibilidad de apelación, una vez que la cuestión haya sido resuelta por la máxima autoridad del Poder Judicial. Por lo tanto, toda sentencia emanada de dicho tribunal declarando la inconstitucionalidad de una norma, es indiscutible y definitiva. Dicho fallo no podrá ser discutido posteriormente por otras ramas del poder federal, ni estatal, pero dicha sentencia, considerando caso por caso, respetará ciertos efectos consolidados durante la vigencia de la ley actualmente declarada inconstitucional, efectos derivados de la aplicación de la misma. <sup>101</sup>

---

<sup>101</sup>. En este título, el término cosa juzgada se entiende con efectos limitados a la cosa juzgada material. No obstante la elección de éste nombre, creemos con G. ZAGREBELSKY Voz "*Processo Costituzionale*", en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1962, Vol. XI, pág. 670, que sería más correcto hacer referencia a la fuerza obligatoria general de la sentencia.

En realidad, si bien en el sistema americano existe la máxima teórica por la cual, sus sentencias declarativas de inconstitucionalidad poseen efectos *inter partes*, las mismas, por medio del principio de *stare decisis*, alcanzan una operatividad mucho mayor, ampliando sus efectos aun fuera de los límites del estricto proceso judicial, ámbito donde nace inicialmente el concepto de cosa juzgada. Así, en el caso de las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de una norma, no se puede aludir al concepto judicial de cosa juzgada, sino que debe entenderse como indicador de la estabilidad de que goza este tipo de sentencias, en contra de todo aquello que intenta reducirla a la nada.

Cuando la declaración de inconstitucionalidad proviene del vértice del ordenamiento judicial, en ese caso, al no ser apelable ante ninguna otra instancia, la misma se convierte en definitiva. Esta característica, trae aparejada otra, consistente en que ningún otro poder estatal podrá intentar modificarla, ni desoir la última interpretación constitucional posible.

## 7- EFECTOS DE LA DECLARACION DE CONSTITUCIONALIDAD

Para finalizar este capítulo introductorio, hemos reservado un espacio a los efectos de resaltar dos o tres características relativas a la declaración de conformidad de una determinada norma a la Constitución. Nos detenemos a analizar algunos de sus aspectos fundamentales, por considerar, que en virtud de su obviedad, este es un sector al cual la doctrina prácticamente no alude en forma específica. Normalmente, se hace incapié en la declaración de inconstitucionalidad de una norma dada; pero qué sucedería si ante una solicitud de declaración de inconstitucionalidad de una ley, por contradecir según argumentos de la parte actora la norma fundamental, la Corte, luego de analizada la situación, y confrontada dicha ley controvertida con la Constitución, arribara a la conclusión de que la misma es perfectamente concordante con el espíritu constitucional?

Inicialmente, debemos establecer como premisa básica, que la Corte, tiene la libre determinación de la concordancia de una norma con la Constitución, así como también la facultad de desaplicarla para el caso de contradicción de la primera con la segunda. En relación a la primera posible actitud de la Corte, desde un punto de vista teórico, cuando la misma rechaza una solicitud de declaración de inconstitucionalidad, simplemente está decidiendo que una cierta ley o actividad emanada de uno de los otros poderes estatales, es legítima, en virtud de no contradecir el vértice normológico del ordenamiento jurídico. Ello, en virtud de la presunción de validez constitucional que rige como principio general, dentro de un sistema federal de gobierno. La Corte, se limita a manifestar que el Congreso ha actuado dentro de sus poderes delegados a él por la Constitución, movilizado por motivaciones razonadas y legales suficientes, y con la finalidad de cumplir su función legiferante.

Desde ningún punto de vista debe verse en esta actitud de la Corte, la suscripción del Poder Judicial a una norma determinada, ni la aprobación de una cierta actitud legislativa.<sup>102</sup> Por su parte, en virtud de la eficacia *inter partes* de esta sentencia, tampoco puede observarse en ella una certificación de la conformidad de una ley a la Constitución.<sup>103</sup> Simplemente, cumpliendo su función de control de la adaptación de la actividad del Congreso a la Constitución, determina que no han existido transgresiones del mismo, en

---

<sup>102</sup>. Normalmente, no es esta la interpretación que despierta la opinión de la Corte, ni en la opinión pública, ni en algunos funcionarios públicos. Los mismos suelen identificar dicha declaración de conformidad, con una aprobación o apoyo de la Corte misma a una determinada norma o actitud. Un ejemplo claro de dicha actitud se observa en el caso en el que la Corte apoya los reclamos de los miembros pertenecientes al grupo religioso de los Testigos de Jeová, en relación al saludo a la bandera, actitud que con posterioridad fue utilizada por miembros de dicha facción, quienes expresaban "*The Supreme Court is with us.*"

Vid. J. HELLER "*A turner point for religious liberty*", en *Virginia Law Review* 1943, pág. 440, 449.

<sup>103</sup>. Posición acorde a la aquí mencionada, fue la asumida por el Profesor C. L. BLACK en su libro *The people and the Court*, New York, 1960, especialmente en su capítulo tres, en el cual expresa que: "...*The most conspicuous function of judicial review may have been that of legitimizing rather than that of voiding actions of government*". El mismo, cree que una declaración de constitucionalidad tiene la fuerza de legitimación o convalidación de una ley del Congreso.

Dicha tesis es actualmente considerada falsa por considerarse que parte de premisas falsas. En primer lugar, el Congreso en ejercicio de su función constitucionalmente conferida, no requiere legitimación alguna, ya que la misma le viene otorgada por la misma Constitución. Segundo, la enorme cantidad de leyes emanadas del Congreso, y la poca cantidad sobre las cuales la Corte se ha expedido confirmando su legalidad, confirma que este pronunciamiento no es un requisito *sine qua non* para la efectividad de la derivación legislativa. Por último, otro argumento en contra de esta tesis, se encuentra en la posibilidad que la Corte posteriormente cambie su parecer, con lo cual se produciría una gran sensación de inseguridad jurídica.

P. B. KURLAND *Politics the Constitution and the Warren Court*, Chicago, 1970, pág. 35 a 39.

relación a la segunda. Existirá sí una vinculatoriedad de dicha decisión en relación a las cortes inferiores, que no podrán dudar, hasta el replanteamiento de la cuestión, de la legitimidad de la ley en cuestión, la que deberán aplicar para la resolución de los casos que se les plantean.

En punto a las consideraciones de tipo procesal, la Corte posee dentro de sus facultades, la posibilidad de revisar su sentencia para el caso del replanteamiento de la cuestión, siempre que la misma avenga en un proceso posterior y en el que no exista identidad de la acción.<sup>104</sup> Por lo tanto, en virtud del principio de cosa juzgada, la Corte sólo podrá reexaminar la legalidad de la norma controvertida, o bien, en otro proceso absolutamente diferente del presente, o bien para el caso de presentarse las mismas partes, dicutan sobre un objeto diverso, o se basen en fundamentaciones nuevas no consideradas

---

<sup>104</sup>- A simple título ejemplificativo observese *Perez v. Brownell* 356 U.S. 44 (1958) y compárese con, *Afroyim v. Rusk* 387 U.S. 253 (1967).

En el primero de ellos:

*"...a national of the United States by birth,... he was declared to have lost his American citizenship by operation of the Nationality Act of 1940 on the ground,... that he voted in a political election in a foreign country (Mexico), a ground for loss of citizenship stated in § 401 (e) of the Act....*

*The Supreme Court ... affirmed the judgment below ... construed as providing that anyone who votes «in a foreign election of significance politically in the life of another country» shall lose his American citizenship, was within the power of Congress to enact."*

En el segundo caso mencionado:

*"A naturalized citizen who had been denied a passport on the ground that he had lost his citizenship by voting in a foreign election brought suit ... for a judgment declaring invalid § 401 (e) of the Nationality Act of 1940...*

*On certiorari, the Supreme Court of the United States... held that the statute is unconstitutional because the Fourteenth Amendment prevents Congress from taking away the citizenship without the citizen's assent."*

previamente. Por último, un pronunciamiento de este tipo, no posee ni siquiera una fuerza similar a la cosa juzgada material aludida en el punto 6 de este capítulo. Solamente tiene un valor procesal, que implica que la norma discutida, será aplicable hasta que la misma sea, en su caso, declarada inconstitucional en un proceso futuro.



## **CAPITULO SEGUNDO**

**LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE  
INCONSTITUCIONALIDAD EN LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS  
UNIDOS DE NORTEAMERICA: CRITERIOS ADOPTADOS DESDE LOS  
ORIGENES HASTA EL AÑO 1968**





## A- MARCO TEORICO

### 1- TEORIAS SOSTENEDORAS DE LA OPERATIVIDAD RETROACTIVA DE LAS SENTENCIAS: SIR MATHEW HALE Y SIR WILLIAM BLACKSTONE

Para abordar el tema de la limitación temporal de los efectos de las sentencias de la Corte americana, debemos necesariamente remontarnos a las teorías inglesas clásicas sobre los efectos generales de los pronunciamientos judiciales. Ello ya que fueron éstas las que inspiraron los jueces americanos que debieron afrontar por primera vez la decisión de casos que se les planteaban, siguiendo siempre los lineamientos generales recibidos del *common law* inglés. De esa forma nos encontramos con la primera edición del libro de Mathew Hale realizada en Inglaterra.<sup>1</sup> En el mismo, Hale expresa que las opiniones judiciales tienen importancia expandiendo, declarando y publicando cual es la ley, especialmente cuando dichas decisiones tienen fundamento en manifestaciones

---

<sup>1</sup>- Sir Mathew Hale nació en Inglaterra 1609, se desempeñó como juez casi toda su vida, con la excepción de un breve periodo durante el gobierno de Richard Cromwell, al cual sirvió. Incansable investigador y escritor de derecho, jurisprudencia, historia legal, religión y ciencias. Si bien tuvo una gran producción literaria, no todas sus obras han sido publicadas. Fue el primero en intentar analizar la historia general del derecho inglés. Destacó fundamentalmente el principio de la soberanía del Parlamento en una forma original para su época, con una fuerte subordinación de las cortes que implicaba el desempeño de sus funciones como *servant-agent-executor-trustee*, aun cuando ello no implicaba invasión de la esfera de competencia del primero sobre las segundas. La base de su diferenciación de funciones era la desigualdad existente entre la creación del derecho y la aplicación del mismo. Murió en 1676 dejando como legado su famosa teoría de la supremacía del Parlamento. Vid. M. HALE *The History of the Common Law of England*, Chicago, 1971, en su introducción realizada por el editor C. Gray, pág. xi a xxxviii.

previas. Igualmente se encarga de especificar que dichas decisiones judiciales no poseerán nivel o jerarquía de leyes, ya que el único organismo con facultades como para emanar tales, es el Parlamento.<sup>2</sup> En esta breve y simple explicación se encontrarían los albores de la posteriormente denominada *declaratory theory* desarrollada por William Blackstone.

Así es, que la exposición tradicional y más reciente en la materia de los efectos que produce cualquier sentencia proveniente de una corte de justicia, está dada por el criterio rector establecido doctrinalmente por William Blackstone.<sup>3</sup> De acuerdo a él, toda sentencia que dejara sin efecto un principio establecido jurisprudencialmente en forma previa, o que cambiara la interpretación de una norma dada, o bien que ampliara o redujera el marco normativo de una determinada disposición, debe ser operativa tanto retroactiva como prospectivamente.<sup>4</sup> Fundamentalmente encontramos en Blackstone el máximo exponente de la operatividad retroactiva de las sentencias emanadas del Poder Judicial, siendo la prospectividad una consecuencia lógica de este principio general de retroactividad. Esta prospectividad deriva precisamente del

---

<sup>2</sup>- Vid. M. HALE *The history of the common Law of England*, op. cit. (n° 1), pág. 45.

<sup>3</sup>- Sir William Blackstone nació en Inglaterra en 1723 desempeñó la tarea de abogado, aunque fundamentalmente su vida transcurría dentro de los claustros académicos. Elegido como *Vinerian Professorship of Law* comenzó a impartir sus lecciones que luego fueron compiladas en su famosa obra *Commentaries*. Con la fama de su libro se derivó su tarea en el Parlamento, y luego se desempeñó como *Judge of Common Pleas*. Aparte de su máxima obra, Blackstone escribió sobre diferentes cuestiones de derecho constitucional y sobre la extensión de los poderes del Parlamento. Murió en 1780 siendo considerado uno de los mayores expositores del *common law*. Vid. *Dictionary of English History*, Ed. X. S. J. LOW - F. S. PULLING, London, 1884, pág. 167.

<sup>4</sup>- Vid. W. BLACKSTONE *Commentaries on the laws of England*, Book the first, Oxford, 1765, pág. 69.

hecho que, si la norma editada por la última sentencia es capaz de producir una revisión incluso de casos pasados, a los efectos de adaptar su resolución a la nueva norma de derecho, resultaría absurdo que los casos futuros se siguieran rigiendo por la norma ahora en desuso. Ahora bien, esta teoría por la cual toda sentencia judicial debe poseer operatividad retroactiva, encuentra su fundamento primordial en establecer una clara separación de funciones entre los distintos poderes estatales.

Así, en su *declaratory theory*, Blackstone sostiene que el juez es un mero descubridor del derecho ya existente, y que su función específica es la de descubrir el derecho aplicable al caso concreto, que se le presenta para su resolución.<sup>5</sup> Para el caso en que un juez en la resolución de una controversia cambie su postura en relación a una sentencia previa, este autor cree que ese juez ha descubierto la norma como debe ser, y que la interpretación anterior, debe venir considerada como equivocada o errónea y que no puede ser vista como ley, ya que nunca lo ha sido.

## 2- TESIS CONTRARIAS A LA RETROACTIVIDAD: JOHN AUSTIN Y LOS ALBORES DE LA PROSPECTIVIDAD

Si bien esta teoría de la retroactividad es absolutamente coherente consigo misma, no se puede sostener que otorgue la solución al problema del

---

<sup>5</sup>- Resulta claro que si la función del juez se reduce simplemente a la interpretación de una ley existente, esa interpretación deba poseer la misma operatividad de la norma interpretada, y consecuentemente sea de aplicación retroactiva. Al respecto ver K. C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, New York, 1976, Vol. I, Nº 5.09.

que nos estamos ocupando, es más, es pasible de ciertas críticas bajo diversos aspectos. Por su parte, no podemos dejar de reconocer que la idea de una separación de los poderes estatales rígida y absoluta, es en primer lugar una utopía irrealizable. Además, se encuentra demostrado ampliamente por la práctica, que una flexibilización de ese principio, contribuye a un mejor desenvolvimiento del control recíproco entre los distintos organismos estatales.

Igualmente, no creemos que el juez carezca totalmente de fuerza creativa en el momento de la resolución de los casos que se le presentan. Simplemente, para el caso de existencia de una norma que rija la materia bajo análisis, el juez debe fallar de acuerdo a ella, con la excepción que dicho principio se encuentre en una palmaria contradicción con la norma fundamental. En caso de esta segunda situación, el juez aun ante su deber de desaplicar la norma ilegítima, igualmente debe otorgar una solución al caso que se le plantea, para lo cual, valiéndose del conjunto de los principios jurídicos existentes, elaborará el criterio que resolverá la litis. Evidentemente, en ambos casos nos encontramos ante el ejercicio de una doble función. En el primer caso, aplicación de principios ya existentes al caso concreto <sup>6</sup>; en el segundo, a través de la combinación del complejo normativo, observamos la creación de una nueva norma, que adaptándose a la Carta Magna, resuelve concretamente el planteamiento realizado por las partes.

De todos modos, y continuando con la doctrina de Blackstone, el mismo ve en los jueces los depositarios de las leyes, y las personas que deben decidir en todos los casos de duda, estando limitados para resolver las cuestiones

---

<sup>6</sup>- Lo cual implica igualmente, como contrapartida, un proceso creador, por el acto de adaptación de una norma general a un caso específico.

que pasen ante ellos por el marco legislativo existente. Así, de acuerdo a dicha doctrina, los jueces deben respetar las elaboraciones precedentes, ya que esa ley proclamada con anterioridad, ha solemnemente declarado y determinado lo que anteriormente era incierto, convirtiéndose así en una regla permanente.<sup>7</sup>

Ahora bien, por adopción de los principios de derecho inglés por parte de la naciente Confederación de Estados Americanos, ésta doctrina encuentra sus más remotas manifestaciones en América, en las primeras sentencias de la Corte Suprema americana. La aferración a dicho principio de retroactividad fue total y absoluto durante los inicios de la actividad de la Corte, y la adaptación institucional al mismo fue produciéndose espontáneamente. Así se observa que la estructura judicial americana se manifiesta claramente organizada y preparada - al menos desde un punto de vista teórico - para aplicar sus sentencias dentro del marco de la retroactividad.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>- Consecuentemente Blackstone sostiene que todo juez

*"... he being sworn to determine, not according to his private judgment, but according to the known laws and costumes of the land; not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one. Yet this rule admits of exception, where the former determination is most evidently contrary to reason; much more if it be contrary to the divine law. But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law; that is, that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined."*

Tanto la cita precedente como el desarrollo de la doctrina de Sir W. BLACKSTONE, han sido tomadas de su libro Commentaries on the laws of... op. cit. (nº 2), pág. 69 - 70.

<sup>8</sup>- Estos conceptos se demuestran por los siguientes condicionamientos limitativos de la acción judicial: la necesidad de la existencia de una litis concreta (de acuerdo a la doctrina del *case or controversy* del artículo III de la Constitución); la obligación de los jueces de dar una justificación razonada de la sentencia; el interés de las partes en modificar una situación personal por medio

Si bien esta operatividad retroactiva de las sentencias de la Corte en punto a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes <sup>9</sup> fue generalmente aceptada inicialmente, haciendo una adaptación de las teorías de los efectos generales de todo pronunciamiento jurisdiccional al proceso constitucional, no tardaron mucho en surgir voces contrarias a dicha postura. Doctrinalmente, dichas voces estaban representadas por los autores pertenecientes al realismo jurídico, quienes observan la teoría de Blackstone como deficiente por considerarla poco adapta a las necesidades de un proceso judicial real. Dicho realismo jurídico encuentra sus raíces en Inglaterra en la persona de John Austin <sup>10</sup>, quien cree que los jueces más allá de simplemente declarar la ley existente,

---

del dictado de una sentencia, que aplicada al conflicto concreto lo resuelva; la confianza en la resolución de conflictos de acuerdo a las normas ya preestablecidas con anterioridad al hecho que motiva el proceso; y el hecho que las cortes se expidan sobre eventos con posterioridad a que los mismos acaezcan. Todos ellos, elementos que dan la sensación de la necesidad de la existencia del principio de retroactividad.

Algunos autores ven en todos estos elementos lo que ellos denominan un simbolismo. El mismo es considerado de vital importancia, ya que su desmedro implica el desprestigio de la institución encargada de administrar justicia. Ver P. MISHKIN *"The Supreme Court 1964 Term. The High Court, the Great Writ, and the due process of time and law"*, en 79 Harvard Law Review 1965, pág. 56 a 103.

<sup>9</sup>- En este caso se puede hacer referencia indistintamente a declaración de inconstitucionalidad o bien a creación jurisprudencial de principios constitucionales.

<sup>10</sup>- Vid. J. AUSTIN *Jurisprudence*, Londres, 1885, pág. 634; *The province of jurisprudence determined*, Londres, 1954. Austin nacido en Inglaterra en 1790, se desarrolló como profesor de jurisprudencia de la Universidad de Londres en forma inmediata posterior al momento de su fundación en 1826. Con una vida tormentada y enferma, sus publicaciones no fueron muchas, y entre las más destacadas se encuentra *The Province of Jurisprudence Determined*. Una de sus ideas básicas ha sido la que sostiene que existen principios, nociones, y distinciones, que forman necesariamente parte de todo sistema jurídico. Perteneciente a la corriente doctrinal del realismo jurídico participante

crean la ley, por medio del relleno de los blancos existentes en la legislación; blancos creados por la característica de generalidad de la ley misma. Por lo tanto, como concluye la Corte en la sentencia del caso *Linkletter v. Walker*<sup>11</sup>, basándose en el criterio de esta nueva tendencia doctrinal, cuando un caso es *overruled*, significa que la decisión anterior fue erróneamente adoptada. De todas maneras, ella será considerada un hecho jurídico hasta el momento de ser desaplicada, quedando regulados por ella los casos resueltos definitivamente con anterioridad al pronunciamiento de la nueva regla.

Evidentemente la tesis derivada del realismo jurídico inspirada en Austin, rompe la larga tradición creada por el criterio - hasta este momento monopólico - de aplicación retroactiva de las sentencias de la Corte. En realidad, no hace más que reflejar doctrinalmente, una tendencia que ya se advertía a nivel pretorio en diversos pronunciamientos de la Corte. Todos ellos, criterios anticipadores del principio de operatividad prospectiva de las resoluciones judiciales. Estas sentencias se refieren inicialmente al área contractual y comercial<sup>12</sup>, sosteniéndose en ellas como principio general que, cuando se hubiesen realizado contratos de acuerdo a la normativa establecida jurisprudencialmente, el cambio de dichos criterios normativos efectuado por sentencias posteriores no

---

de la idea de que el juez no declara el derecho ya existente, sino que lo crea en el momento de resolver cada caso concreto que se le presenta. Vid. J. AUSTIN *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, London, 1954, en su introducción por H. L. A. Hart, pág. vi a xviii.

<sup>11</sup>- *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618, (1965).

<sup>12</sup>- Ejemplos de ello se observan en los siguientes casos: *Gelpcke v. Dubuque* 1 Wall 175 (1864), *Havemeyer v. Iowa County* 3 Wall 298 (1866), *Lee County v. Rogers* 7 Wall 181 (1869), *Kenosha V. Lamson* 9 Wall 477 (1870), *Douglass v. Pike County* 101 U.S. 677 (1880), *Louisiana ex. rel. Southern Bank v. Pillsbury* 105 U.S. 278 (1882), *Muhlker v. New York & H. R. Co.* 197 U.S. 544 (1905).

puede ser aplicado retroactivamente. Esto, ya que, atribuir esta operatividad a la norma modificatoria de criterios vigentes con anterioridad, implicaría violar los derechos de las partes contratantes, y constituiría una desigualdad de las obligaciones nacidas con el contrato. <sup>13</sup>

Como se observa, estos primeros anticipos de la concepción de la operatividad prospectiva de las sentencias, se desarrolla fuera del marco de los derechos constitucionales. Surge, con la intención de evitar dañar las personas que habían depositado confianza en la norma anterior, y que actuaron conforme a ella con la convicción de desarrollar una conducta legal. En todo caso, el criterio que sigue vigente en el ámbito de los derechos constitucionales, es el de la operatividad retroactiva <sup>14</sup>, ámbito al cual esta tendencia hacia la prospectividad se desarrollará posteriormente.

---

<sup>13</sup>- Resaltando la disparidad de criterios utilizados por la Corte Suprema americana al respecto, obsérvese el caso *Tidal Oil Co. v. Flanagan* 263 U.S. 444 (1924), en el cual se sostuvo que la norma constitucional contraria a la desigualdad de obligaciones contractuales, tiene como referente la desigualdad creada por la legislación, y no por las decisiones judiciales.

Casos subsiguientes, sostuvieron que la tan cuestionada aplicación retroactiva no estaba prohibida por ninguna norma constitucional, véase: *Great Northern v. Sunburst Oil & Refining Co.* 287 U.S. 358 (1932), *Dunbar v. New York* 251 U.S. 516 (1920); y que no constituía una desigualdad de las obligaciones contractuales: *Central Land Co. v. Laidley* 159 U.S. 103 (1895), *Moore Mansfield Constructions Co. v. Electrical Installation Co.* 234 U.S. 619 (1914), *Tidal Oil Co. v. Flanagan* 263 U.S. 444 (1923), *Fleming v. Fleming* 264 U.S. 29 (1915); ni tampoco las prohibiciones contra las leyes *ex post facto*: *Frank v. Magnum* 237 U.S. 309 (1915), *Central Land Co. v. Laidley* 159 U.S. 103 (1895), *Tidal Oil Co. v. Flanagan* 263 U.S. 444 (1923).

<sup>14</sup>. Vid. C. L. SCALISE, "A clear break from the clear break exception of retroactivity analysis: *Griffith v. Kentucky*", en *73 Iowa Law Review* 1988, pág. 473 a 494, en particular pág. 477. Ejemplos de ello encontramos en los siguientes casos: *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 657, 660 (1961) como ejemplo de



## B- CRITERIOS ORIENTADORES DADOS POR LA CORTE SUPREMA FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS, EN RELACION A LA LIMITACION TEMPORAL DE SUS SENTENCIAS: EVOLUCION DE SUS CRITERIOS

La Corte, desde los comienzos de su trabajo se caracteriza por su tendencia a determinar claros lineamientos orientadores de su actividad, de tal forma que, sus fallos se distingan por su previsibilidad y restrinja su propia capacidad discrecional en la decisión de los casos que acceden a ella. De todos modos, los criterios rectores en materia de limitación temporal de sus sentencias no lograron su objetivo clarificador. Es así que, analizando la jurisprudencia de la Corte, comprendida dentro del período de tiempo bajo estudio en este capítulo, observamos los siguientes fenómenos:

I- Durante la primera etapa, en la cual si bien no se consideraba directamente el aspecto de la limitación temporal de las sentencias, en el fallo *United States v. Shooner Peggy* <sup>15</sup> se observa la posición adoptada por el juez Marshall, que establece una metodología de limitación del principio de la retroactividad diferente del luego establecido en los casos posteriores. <sup>16</sup>

---

retroactividad limitada al caso concreto, *Clarence E. Gideon v. Lonie L. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963), *Nathan Jackson v. Wilfred Denno* 378 U.S. 368 (1964).

<sup>15</sup>- *United States v. Shooner Peggy* 1 Cranch 103 (1801).

<sup>16</sup>- Tómense como ejemplo *Norton v. Shelby City* 118 U.S. 425 (1886), *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* 287 U.S. 358 (1932), *England v. Louisiana State Board of Medical Examiners* 375 U. S. 411 (1964).

El mismo expresa que, ante el caso que se produjese un cambio en la ley o en los procesos decisionales judiciales, con anterioridad a la sentencia final, las cortes de apelación deben resolver los casos de acuerdo a la ley vigente al momento de emanar la sentencia, y no de acuerdo a la ley vigente al tiempo de la apelación. Si fuese para ello necesario revocar una sentencia previa o desaplicar la ley anterior, la Corte debe hacerlo para no fallar en violación de la ley.<sup>17</sup> En el caso particular de *Shooner v. Peggy* antes citado, el cambio en la ley se produce por medio de un tratado internacional; pero este criterio de limitación, de hecho es extensible a otras situaciones, ya que esos cambios pueden también producirse por medio de otra ley<sup>18</sup>, por medio de una reforma constitucional<sup>19</sup>, o bien por medio de una sentencia judicial que reinterprete una ley, amplíe o limite sus alcances.<sup>20</sup>

II- Dentro de la confusión de conceptos utilizados por la Corte desde los albores de su actividad, con la finalidad de resolver el problema de la limitación temporal de los efectos de sus sentencias, en el año 1863, tiene éxito por primera vez la prospectividad promulgada por la corriente doctrinal del

---

<sup>17</sup>- Vid. A. L. CORBIN, "Prospective overruling and retroactive application in the Federal Courts", en 71 Yale Law Journal 1961, pág. 912.

<sup>18</sup>- Ejemplo de ello encontramos en *Carpenter v. Wabash Railway Co.* 309 U.S. 23 (1940).

<sup>19</sup>- Ver *United States v. Chambers* 291 U. S. 217 (1934).

<sup>20</sup>- *Vandenbark v. Owens - Illinois Glass Co.* 311 U.S. 538 (1941).

realismo jurídico.<sup>21</sup> Así es que en este año, este criterio surge a la luz con la resolución del caso *Gelpcke v. Dubuque*.<sup>22</sup> En el mismo se consideraba efectivamente la posibilidad de las cortes estatales de actuar como creadoras de normas jurídicas que poseyeran aplicación prospectiva, en virtud de la salvaguardia de la confianza de las partes en la norma vigente al tiempo de contratar.<sup>23</sup>

III- Otro claro ejemplo del progreso hacia el criterio de la prospectividad lo observamos en el caso *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*<sup>24</sup> De acuerdo a los precedentes ya enunciados, si bien este caso

---

<sup>21</sup>- Dicha aplicación de la teoría del realismo jurídico, ya había sido previamente realizada por la Suprema Corte de Ohio en la decisión del caso *Bingham v. Miller* 17 Ohio 445 (1848). Dicha sentencia, aplicada en uno de los denominados *legislative divorce cases* marca, como en el resto de los ejemplos relacionados con este tema, que el mantenimiento de la ficción de la retroactividad no tiene sentido si con ello no se hace justicia al caso concreto. Más aún, demuestra que no se justifica la mantención de una determinada figura jurídica, si por medio de ella no se logra otorgar una respuesta favorable al consumidor del servicio de la justicia.

<sup>22</sup>- *Gelpcke v. Dubuque* 68 U.S. (1 Wall) 175 (1863). En este caso, se observa el patrón de decisión utilizado con posterioridad en los sucesivos llamados "bond cases".

<sup>23</sup>- Ver *Olcott v. The Supervisors* 83 U.S. (16 Wall) 678, 690 (1872), *Douglass v. County of Pike* 101 U.S. 677 (1877) como ejemplos típicos. Posteriormente, ésta línea fue continuada no sólo en relación al ámbito contractual, sino también comercial: *Havemeyer v. Iowa City* 70 U.S. (3 Wall) 294 (1865); *The City v. Lamson* 76 U.S. (9 Wall) 477 (1869); *Railroad Co. v. Mc-Clure* 77 U.S. (10 Wall) 511 (1871); *Moore v. National Bank* 104 U.S. 625 (1881); *Green City v. Conness* 109 U.S. 104 (1883); *Anderson v. Santa Anna* 116 U.S. 356 (1886).

Igualmente, a los efectos de una detallada evolución, de los criterios utilizados en materia contractual, referirse *supra* (nº 13).

<sup>24</sup>- *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* 287 U.S. 358 (1932). Posteriormente, un criterio similar al utilizado en este caso, se observa en *Griffin v. Illinois* 351 U.S. 12, 20 (1956).

marca un hito de gran importancia, carece de novedad absoluta el hecho de una aplicación puramente prospectiva del nuevo principio establecido en esta sentencia. En dicho fallo, el juez Cardozo expresa que la Constitución no se manifiesta al respecto de la retroactividad o prospectividad de la operatividad de las sentencias. Por lo tanto, no existiría objeción constitucional para que una corte estatal haga su propia elección, en *overruling* un caso precedente, y en determinar si la nueva regla debe operar solo prospectivamente, o bien debe ser aplicada igualmente a transacciones pasadas. Finalmente, la Corte reafirma el fallo de la corte estatal que negaba la retroactividad del nuevo principio.<sup>25</sup>

IV- Como ya refiriéramos, hasta este momento se observa la evolución del principio de prospectividad sólo en el área contractual o comercial, con la intención de proteger status personales adquiridos. Este proceso inevitablemente debía continuar desarrollándose también en otras ramas del derecho. Así fue que este principio se traspasa al ámbito del derecho criminal con el caso *State v. Jones*<sup>26</sup>, iniciando así una sucesión de perfeccionamientos de la limitación de los efectos temporales de las sentencias, sobre todo en el derecho criminal, que posteriormente diera base para su aplicación en las otras ramas del derecho.

---

<sup>25</sup>. Vid. *Supra* (n° 24).

<sup>26</sup>. *State v. Jones* 44 N. M. 623 (1940). Obsérvese igualmente que el Juez J. Zim, coincidiendo en dejar de lado la anterior interpretación de la Corte, no acepta la aplicación prospectiva de la sentencia por considerarla una usurpación de una función legislativa, por parte del Poder Judicial.

V- El período siguiente se caracteriza por el reconocimiento de la necesidad de repensar la aplicación de la teoría de Blackstone, manifestada por el Juez Huges.<sup>27</sup> El mismo, refiriéndose al caso *Norton v. Shelby County* 118 U.S. 425 (1886), en el cual se había hecho aplicación de la retroactividad auspiciada por Blackston, sostiene que las consideraciones de dicho fallo, debían ser tomadas con mesura y prudencia.

VI- La Corte reaborda el argumento de la limitación temporal de los efectos de sus sentencias en el caso *James v. United States*<sup>28</sup>. En la opinión de la Corte emanada por los jueces Warren, Brennan y Stewart, si bien no se hace una apreciación expresa del problema de la limitación temporal, quedan claros diversos conceptos.

En primer lugar, se clarifica que ante la existencia de una jurisprudencia<sup>29</sup> que hubiera permanecido vigente por un largo período ante el silencio del Congreso, eso no implica que la Corte se encuentre imposibilitada de otorgar a ese principio una interpretación diversa, con la finalidad de corregir

---

<sup>27</sup>- Ver *Chicot County Drainage v. Baxter State Bank* 308 U.S. 371 (1940).

<sup>28</sup>- *James v. United States* 366 U.S. 213 (1961).

"...The two questions before the Supreme Court were (1) whether *Commissioner v. Wilcox*, 327 US 404 ... holding that embezzled money does not constitute taxable income to the embezzler in the year of the embezzlement, should be overruled; and (2) whether the defendant was guilty of the offense of "wilfully" attempting to evade the tax, as long as the *Wilcox Case* was not overruled..."

<sup>29</sup>- Como sería en este caso la doctrina del caso *Commissioner v. Wilcox* 327 U.S. 404 (1946), en vigencia por un considerable lapso de tiempo.

errores precedentes.<sup>30</sup> En segundo lugar, se observa entre líneas, la intención de aplicar prospectivamente esta sentencia, ya que, la Corte entiende corregir el error cometido en la valoración realizada en el caso *Wilcox*, pero sin perjudicar las personas que hubiesen confiado en sus principios por tanto tiempo.<sup>31</sup> Evidentemente el único justificativo conocido por la Corte en este momento para una aplicación prospectiva de sus sentencias es el aspecto *reliance*.

En su opinión disidente, los jueces Black y Douglass, hacen sentir su desacuerdo, ya que creen que la creación de normas prospectivamente es una función del Congreso, manos en las cuales debería permanecer.<sup>32</sup> Aun tacitamente, esta opinión contribuye finalmente a hacer percibir una clara intención de operatividad prospectiva de la sentencia de la Corte, siguiendo la corriente de desarrollo de la noción de prospectividad.

VII- Se arriba así al segundo caso de aplicación prospectiva pura de un nuevo principio jurisprudencial en el caso *England v. Louisiana State Board of Medical Examiners*.<sup>33</sup> En el presente caso, la Corte manifiesta que en virtud del respeto por la confianza depositada por las partes en el viejo principio, la misma hará una aplicación prospectiva de la nueva regla. La Corte no da más justificaciones al respecto, simplemente se basa sobre el pilar de la *reliance*.

---

<sup>30</sup>- *James v. United States* 366 U.S. 220 (1961).

<sup>31</sup>- *James v. United States* 366 U.S. 221 (1961).

<sup>32</sup>- *James v. United States* 366 U.S. 224 (1961).

<sup>33</sup>- *England v. Louisiana State Board of Medical Examiners* 375 U.S. 411 (1964).

Ante todo, debemos subrayar, que si bien hemos remarcado en los puntos precedentes la incipiente tendencia a la limitación prospectiva de las sentencias de la Corte, el criterio que absolutamente continuaba reinando era el de la retroactividad.<sup>34</sup> Hemos simplemente querido destacar, que ante casos extremos, aun los jueces enrolados en la teoría de Blackstone se han apartado excepcionalmente de ella. Evidentemente son las cortes estatales quienes han hecho gala de esta potestad limitativa en forma libre y palmaria desde temprano. Dicha actitud no fue seguida por las cortes federales - salvo casos de excepción - en virtud que la Suprema Corte Federal, no se había hasta ese momento, referido a la legitimidad o validez de limitar prospectivamente las sentencias por parte de las mismas.<sup>35</sup>

Como se observa a lo largo de este proceso, la Corte no ha utilizado referencias constitucionales válidas para fundamentar el naciente ejercicio del poder que actualmente posee en sus manos. La Suprema Corte Federal ha desarrollado en forma espontánea y sin contarlo dentro de sus objetivos concretos<sup>36</sup>, una técnica determinativa de la operatividad temporal de sus

---

<sup>34</sup>- Ver a título ejemplificativo *Norton v. Shelby County* 118 U.S. 425 (1886); la manifestación del Juez Holmes en su voto disidente, sosteniendo que los fallos "... have had retrospective operation for near one thousand years." Igualmente en el caso *Kuhn v. Fairmont Coal Co.* 215 U.S. 349 (1910); y *Tidal Oil Co. v. Flanagan* 263 U.S. 444 (1923).

<sup>35</sup>- Cfr. T. S. CURRIER, "Time and change in judge-made law: prospective overruling", en 51 Virginia Law Review 1965, pág. 201 a 272, en particular pág. 211.

<sup>36</sup>- Nos permitimos utilizar la expresión "objetivo concreto", ya que, si por medio de la prospectividad se evita la comisión de una injusticia, esta facultad de limitar temporalmente los efectos de las sentencias, quedaría logicamente encuadrada dentro de los objetivos generales de la administración de justicia, visto que ella es la función primordial de la Suprema Corte.

sentencias. Dicha técnica, implica la autoatribución de una facultad que, si bien de acuerdo al texto constitucional y normativo no le está prohibida, tampoco le está expresamente conferida.

La Corte, influenciada por la doctrina del realismo jurídico asume esta facultad o atribución dándole acogida en su jurisprudencia. Inicialmente, en forma tímida y sobre todo tácita, sin la existencia de criterios claros que orienten a las partes en el desarrollo posterior del litigio ante ella. La Corte posee absoluta discrecionalidad en su juicio, y esto se advierte por la disparidad entre unos fallos y otros, y en la fluctuación entre la aplicación del principio de la retroactividad y de la prospectividad. Todas estas incertidumbres querrán ser salvadas por la misma Corte, cuando recibe por primera vez formulación expresa la facultad general de la misma para limitar temporalmente los efectos de sus sentencias en el caso *Linkletter v. Walker*. En él, se intenta dar criterios rectores de la materia, los cuales aún en embrión, adquirirán su manifestación más clara y desarrollada en una sentencia posterior.<sup>37</sup>

#### C- EXTENSION TEMPORAL DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Antes de avanzar en el análisis de la sentencia del caso *Linkletter v. Walker*, resulta oportuna una revisión de las diversas posibilidades de extensión de los efectos de las sentencias de la Corte, a efectos de establecer no sólo las

---

<sup>37</sup>- Estamos haciendo referencia a la consagración del *three pronged test*, realizada en el caso *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293 (1967).



alternativas existentes, sino también a efectos de unificar el lenguaje con el cual debemos trabajar. Para comenzar con la posición tradicional debemos mencionar el alcance retroactivo, concepto rector de la concepción de Blackstone. La retroactividad puede ser entendida con carácter general, lo que significa que la nueva regla será aplicable a todos los casos futuros, a los pendientes de resolución, a los procesos basados en hechos anteriores a la nueva regla pero aún no iniciados, al caso que da origen al nuevo principio, y a todo caso pasado, con o sin sentencia definitiva. Es el criterio tradicional y más amplio de la extensión de los efectos de las sentencias de la Corte. Resulta sobreabundante, por su obviedad, remarcar la dificultad de su aplicación. Baste simplemente hacer referencia al agravamiento que ésto causaría en el desenvolvimiento del aparato encargado de administrar justicia, y esto sin tomar en consideración la debilitación que ello produciría del principio de certeza jurídica.

La operatividad retroactiva de las sentencias tiene también su manifestación limitada. Esta limitación puede ser de dos tipos:

a- la aplicación del nuevo principio puede tener carácter retroactivo, solamente para el caso en el que se dicta la nueva regla y no en referencia a los otros casos pendientes de resolución. En esta oportunidad también puede hablarse de no retroactividad o irretroactividad.

b- esta limitación, puede igualmente implicar, que la declaración de inconstitucionalidad sea aplicable exclusivamente al caso *sub lite* y a los demás casos pendientes de resolución, pero excluir las casos ya decididos por medio de sentencia definitiva.

Por último, la declaración de inconstitucionalidad puede tener operatividad prospectiva. Ello implica que, simplemente la misma sera aplicable

a casos futuros, quedando excluido de su aplicación, aun el proceso en el cual se establece la nueva regla que será de aplicación posterior.

La Corte ha utilizado todas estas diversas formas de operatividad de sus sentencias a lo largo de su historia, pero considerando los casos a los cuales aplicar un criterio u otro de cuatro formas diferentes. La misma, elabora estas cuatro categorías de casos, dependiendo del punto de referencia temporal que toma en cuenta a los efectos de decidir por la prospectividad o la retroactividad. En primer lugar, la Corte estableció que se beneficiarían con la declaración de inconstitucionalidad, los casos en los cuales se hubiera dictado sentencia, y la misma se convirtiese en final <sup>38</sup> con anterioridad a dicha declaración. <sup>39</sup> La otra clase de beneficiarios, está referida a los litigios iniciados con anterioridad al dictado de la sentencia que contiene la nueva norma, sin ser de importancia el hecho de si los mismos han sido resueltos por medio de sentencia final o no. <sup>40</sup> Igualmente se han hecho beneficiarios, los casos en los cuales la violación constitucional a la cual hace referencia la nueva norma, haya ocurrido con posterioridad a la nueva decisión, sin importar si sobre ellos ha recaído sentencia final o no. <sup>41</sup> La última clase de beneficiarios, son los casos en los cuales la

---

<sup>38</sup>- La expresión "sentencia final" "...refers to a judgment as to which the ordinary methods of review, such as appeal or certiorari, have already been exhausted or the right to utilize them has expired through passage of time." S. R. SHAPIRO, "Retroactive or merely prospective operation of new rule adopted by Court in overruling precedent - Federal cases", en United States Supreme Court Reports 381 U.S. 618, Vol. 14, pág. 996, y su nota nº 16.

<sup>39</sup>- El presente es el criterio utilizado en la sentencia al caso *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618, 640 (1965).

<sup>40</sup>- Dentro de ésta categoría se encuentra el caso *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719, 721 (1966).

<sup>41</sup>- Ejemplo de éste grupo de casos es *United States v. Peltier* 422 U.S. 531, 542 (1975).

evidencia obtenida ilegalmente fue admitida con anterioridad a la declaración de ilegalidad de dicha evidencia, por medio de la declaración de inconstitucionalidad de la ley que la contemplaba.<sup>42</sup>

La decisión de la Corte, o bien la opción que la misma ejerce entre todas estas posibilidades, depende de las circunstancias particulares que rodean cada caso, y es una decisión que se toma caso por caso, y no con carácter general. La Corte ha expresado en el caso *Linkletter v. Walker*<sup>43</sup>, que a los efectos de decidir si un nuevo principio será de aplicación prospectiva o retroactiva, la fecha a ser tomada en cuenta es el día preciso del dictado de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, y no el momento en que acaecieron los eventos que motivaron esa decisión.

#### D- EL CASO *LINKLETTER V. WALKER*

En el año 1965 nos encontramos con la primera manifestación expresa de la autoatribución hecha por la Corte, de la facultad general de limitar prospectivamente el efecto de sus sentencias. No se trata de una simple elaboración del momento, sino el resultado lógico de una evolución ya iniciada incipientemente en el año 1801<sup>44</sup>, desarrollada hasta el dictado de esta sentencia,

---

<sup>42</sup>- Por ejemplo *Desist v. United States* 394 U.S. 244, 254 (1969).

<sup>43</sup>- *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965).

<sup>44</sup>- Ver el caso *United States v. Shooner Peggy* 1 Cranch 103 (1801).

la cual será perfeccionada por construcciones posteriores. La Corte en este caso se refiere a la limitación temporal de la inconstitucionalidad declarada previamente en la sentencia del caso *Mapp v Ohio*.<sup>45</sup> Este procedimiento de resolver la limitación temporal de los efectos de las sentencias en una disposición diversa a la cual declara la inconstitucionalidad propiamente dicha<sup>46</sup>, obedece no a un arbitrario capricho de la Corte, sino más bien, es una adaptación a las disposiciones constitucionales del artículo III de la Constitución Federal.

#### 1- EL PRINCIPIO GENERAL DERIVADO DEL CASO *LINKLETTER*, Y EL ARTICULO III DE LA CONSTITUCION FEDERAL

El hecho de encontrarnos cara a cara con el artículo III, nos obliga a realizar una serie de consideraciones básicas en relación a dos temas de gran importancia: 1- el respeto de la doctrina del *case or controversy*; y, 2- la salvaguardia de la división de poderes.

En relación a la doctrina del *case or controversy*<sup>47</sup>, existiendo la prohibición constitucional para las cortes de expedirse dando *advisory opinion*, y debiéndose limitar a la resolución de los casos concretos que se le presenten,

---

<sup>45</sup>- *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643 (1961).

<sup>46</sup>. Es importante aclarar que si bien éste es el comportamiento general, existen casos de excepción donde la Corte ha resuelto problemas de carácter de operatividad temporal de sus sentencias en el mismo caso donde se elabora la nueva norma.

<sup>47</sup>- *Vid.* Capítulo I, Sección B- 4- I.

inicialmente la Corte debe expedirse sobre la cuestión de fondo, dilatando la determinación de la operatividad de los efectos de la sentencia para el momento en que las partes interesadas se lo presenten para su resolución.<sup>48</sup>

Evidentemente estamos confrontados a una cuestión que no es de tan simple resolución, ya que si consideramos que los litigios en general se componen de diversos elementos a ser resueltos, la Corte debe resolver todos ellos aunque no todos ellos se hayan manifestado expresamente. Todos los elementos adyacentes que hagan a la resolución del caso sub-lite, deben ser decididos en el momento de dictar sentencia. En estas circunstancias, la resolución de diversos aspectos de un mismo caso - incluido el de la limitación temporal de la sentencia - no viola el principio establecido en el artículo III constitucional.<sup>49</sup> La Corte, concretamente, para evitar controversias sobre el punto, sólo debería resolver el aspecto temporal de sus sentencias cuando se le presente el problema de tal forma que asuma las características de un *case or controversy*, y abstenerse para el caso que éste sólo sea de carácter marginal y no de fondo.<sup>50</sup>

---

48- Adviértase que en el caso contrario nos encontraríamos de frente a un mero *obiter dicta*, sin valor para el caso bajo examen. Simplemente serviría a los efectos preparatorios de los futuros litigantes, demostrando una posible orientación futura de la opinión de la Corte.

49- Vid. T. CURRIER, "*Time and change in judge-made law: prospective...*", *op. cit.* (nº 33), pág. 216 - 218.

50- Vid. A. L. CORBIN, "*Prospective overruling and retroactive application in the...*", *op. cit.* (nº 15), pág. 935 - 940. En caso contrario, la Corte debe abstenerse de pronunciarse al respecto, cumpliendo con lo que Bickel denomina una virtud pasiva. A. M. BICKEL "*The passive virtues*", en 75 Harv. Law Review 1961, pág. 40.

Ahora, un obstáculo más difícil de sortear nos presenta la problemática de la no violación del principio de la división de poderes. Fundamentalmente se observa, que la operatividad prospectiva al ser característica del proceso de creación de normas, o de cambio o modificación de las mismas, y siendo éstas dos funciones legislativas, por medio de la declaración de un poder general de la Corte de limitar prospectivamente sus sentencias, se presenciaria una invasión del Poder Legislativo. Este problema no ha sido nunca abordado expresamente por la Corte.<sup>51</sup>

Creemos que esta cuestión sea una de aquellas que deban ser resueltas de acuerdo a la postura que se asume en relación a la función judicial. La posición representada por el juez Black es la que cree que el Poder Judicial carece de poder creativo del derecho a través del dictado de una sentencia, y se basa a nuestro criterio por un lado, en el inamovible principio de la división de poderes, y en segundo lugar en el criterio tradicional de Blackstone. La posición contraria<sup>52</sup>, cree que la interpretación de las normas es una función eminentemente judicial. Apontocándose en ello, esta interpretación puede

---

<sup>51</sup>- Cfr. T. CURRIER, *"Time and change in judge-made law: prospective..."*, op. cit. (nº 33), pág. 220. La única manifestación expresa de la Corte sobre este punto, ha sido desarrollada por el juez Black en su voto dicidente en el caso *James v. United States* 366 U.S. 213, 225 (1961):

*"In our judgment one of the great inherent restraints upon this Court's departure from the field of interpretation to enter that of lawmaking has been the fact that its judgments could not be limited to prospective application. This Court and in fact all departments of the Government have always heretofore realized that prospective lawmaking is the function of Congress rather than of the courts. We continue to think that this function should be exercised only by Congress under our constitutional system."*

<sup>52</sup>- Un ejemplo de ésta posición la encontramos en T. CURRIER, *"Time and change in judge-made law: prospective..."*, op. cit. (nº 33), pág. 225.

ampliar, modificar, restringir el concepto original de la norma en cuestión, a los efectos de adaptarla a la realidad coyuntural. En ese proceso interpretativo y adaptativo, se puede incluso desaplicar una norma, y crear una - que aun con las bases de la anterior - sea absolutamente nueva, y en virtud del dinamismo del derecho se adapte con mayor exacteza a una nueva realidad.

En conclusión, las cortes serán las encargadas de, a través del *self restraint*, saber determinar hasta que punto y en que medida no se altera substancialmente la paz institucional y la división de funciones de los tres poderes. Para el caso que dicha perturbación produzca una crisis, las mismas cortes deberán optar por dejar librada la interpretación de la norma al órgano que corresponda. Es una cuestión de política judicial, la que resolviéndose caso por caso, y contando con la prudencia judicial, puede actuar como un medio idóneo y rápido de adaptación del derecho a los cambios sociales, políticos, económicos y jurídicos que se presentan con la evolución del tiempo. Las cortes deben necesariamente evitar adelantarse y anticiparse a tomar decisiones que no son pertinentes u oportunas. Solamente deberán pronunciarse, si no se puede evitar el resolver esta cuestión, para lograr la conclusión de una litis.

De todos modos debemos dejar en claro que todas estas son consideraciones de corte doctrinal, ya que la Ley Suprema guarda absoluto silencio con relación al problema de la limitación prospectiva de las sentencias.<sup>53</sup> Esto, a nuestro criterio, debido a la imposibilidad de prever por parte del constituyente, la evolución posterior de la problemática. No obstante, la misma doctrina actual guarda silencio sobre el tema de la legitimidad, o no, de este poder general de la Corte. Simplemente y sin comprometer su opinión acerca de

---

<sup>53</sup>- *Vid. Linkletter v. Walker* 381 U.S. 629 (1965).

la legitimidad de este poder general de la Corte, la doctrina se limita a criticar o ratificar la actitud de la misma en uno u otro caso particular, estableciendo cuál hubiera sido la posición más correcta a ser adoptada, pero siempre sobre casos puntuales. No se atisba ni siquiera a esbozar lineamientos de carácter general-orientativo, pareciendo ser, que la doctrina libra este pesado compromiso exclusivamente a la Corte, la cual a pesar de sus esfuerzos, no logra soluciones generales concretas que disminuyan su discrecionalidad en la resolución del aspecto temporal de sus sentencias.

Por nuestra parte, en virtud de los conceptos vertidos en los párrafos precedentes, no consideramos que este poder general de la Corte viole o altere el artículo III de la Constitución Federal. Simplemente creemos importante - como ya remarcáramos - la necesidad de determinaciones concretas de parte de la Corte acerca de su poder general de limitar prospectivamente sus sentencias, a fin que las cortes federales se encuentren en una posición más cómoda, y puedan actuar libremente en la resolución de estas cuestiones, lo que por otra parte traería aparejado, un descongestionamiento de la Corte Suprema Federal, la cual podría dedicarse a la resolución de problemas de no menor importancia.

## 2- IRRETROACTIVIDAD DE LA SENTENCIA OVERRULING: CRITERIOS RECTORES

La operatividad temporal de las sentencias de la Corte obtiene cierta clarificación en la sentencia en estudio: *Linkletter v. Walker*. No sólo que en esta sentencia se proclama el poder general de la Corte de limitar prospectivamente sus sentencias, sino que surge en embrión el denominado *three pronged test*. Este fallo establece que, una vez que se acepta la premisa por la cual



a la Corte no le está ni requerida ni prohibida la aplicación retrospectiva de sus sentencias, la misma se encuentra facultada para evaluar las ventajas y desventajas en cada caso particular, observando la historia previa de la regla en juego, sus objetivos y efectos, y así decidir si la aplicación retroactiva puede acelerar o retrasar su operatividad. <sup>54</sup>

Así surge esbozado originariamente el test al cual será sometido cada caso particular, para la determinación de la operatividad de las sentencias de la Corte, no sólo para el caso que la última sentencia *overrules* una doctrina jurisprudencial previa, sino en toda oportunidad en que se pronuncie un principio jurídico que posea características de novedad. Igualmente se establece en esta sentencia, que en relación a los principios generales referidos a la aplicación retroactiva o prospectiva de las sentencias de la Corte, no deben establecerse distinciones o diferencia de criterios, entre las sentencias dictadas en casos civiles o penales. <sup>55</sup>

Ahora bien, como se observa en esta sentencia, el *three pronged test* no toma forma definitiva. En él, se otorga gran importancia a la historia de la norma en cuestión, siendo el primer elemento de análisis. Como elementos secundarios de evaluación, se observan los objetivos y los efectos de la nueva norma, pero sólo en forma marginal. En esta línea la Corte continúa en un caso posterior <sup>56</sup>, pero igualmente este esbozo trazado en el caso *Linkletter* facilitó el descubrimiento de los tres factores de importancia a ser considerados, elementos

---

<sup>54</sup>- *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 629 (1965).

<sup>55</sup>- *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965).

<sup>56</sup>- Se hace referencia al caso *Tehan v. United States* 382 U.S. 406 (1966).

de juicio que se forjan claramente en la sentencia al caso *Stovall v. Denno*.<sup>57</sup> Estamos refiriéndonos a los tres puntales de este test: el objetivo de la nueva norma, la confianza otorgada en buena fe por las partes a la norma precedente, y por último, los efectos de la aplicación retroactiva de la nueva norma sobre la administración de justicia.

Así observamos por primera vez el trazado de principios rectores en esta materia por parte de la Corte. Dicha regla de análisis para determinar la retroactividad o la prospectividad de las sentencias, se ve claramente aplicada en los casos posteriores a *Linkletter* con altos y bajos hasta el año 1982. Fundamentalmente a través de la adopción de estos tres criterios, la Corte obtiene una salida elegante, que le permite simultáneamente: orientar las partes litigantes, reduciendo de tal forma el imprevisto al cual las mismas se encontraban sometidas con anterioridad; y conservar su poder discrecional para optar por la retroactividad o la prospectividad, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso. Esta posibilidad, no implica en lo más mínimo una restricción, sino que por el contrario - al ser tan variadas las particularidades de cada caso - en realidad la Corte se facilita la posibilidad de elegir entre una u otra solución con comodidad, y sin otorgar posibilidad alguna de cuestionamiento de su sentencia.

---

57- *Stovall v Denno* 388 U.S. 293 (1967).

## I- EL OBJETIVO DE LA NUEVA NORMA

El objetivo de la nueva norma es el primer elemento a ser tenido en cuenta por la Corte, a los efectos de determinar la operatividad temporal de sus sentencias. Así lo demuestra en varios de sus pronunciamientos, en los cuales se observa que, este es temporalmente el primer elemento a ser abordado. La Corte, como primer paso, determina cuáles son los objetivos perseguidos por la nueva norma. Una vez identificados los mismos, debe analizar si esos objetivos serán cumplidos en forma general por medio de una aplicación retroactiva o prospectiva de la sentencia que lo edita, y luego, decidir por una o por otra operatividad para resolver el caso concreto que se le plantea.

El resultado de este análisis, determina en primera instancia si la nueva norma será de aplicación prospectiva o retroactiva. Si la misión de la norma se viera cumplida aplicando la misma a partir del momento de su origen, existirá una primera manifestación de la necesidad de su aplicación prospectiva. Esta primera impresión, igualmente deberá ser completada por los resultados de analizar los dos elementos restantes del *three pronged test*. Ahora bien, si por el contrario, la norma dejase de tener una cierta utilidad para el caso de ser aplicada simplemente hacia el futuro, y los demás elementos arrojaran un resultado tendente a la aplicación retroactiva del nuevo principio, la Corte orientará su sentencia en esta dirección.

La operación práctica de este mecanismo, se observa, como ya remarcáramos, desde el caso *Linkletter*. En el mismo, se establece la necesidad de analizar la historia de la nueva norma, sus objetivos y sus efectos. Igualmente, se afirma que nuevas normas reguladoras del proceso de búsqueda y decomiso de pruebas, que no tuvieran una incidencia directa sobre el proceso de

determinación de la culpabilidad, así como aquellas teniendo como objetivo prohibir acciones ilegales por parte de los organismos encargados de la seguridad pública y aplicar la Decimocuarta Enmienda constitucional, no ven favorecida su aplicación por la simple liberación de las víctimas de esos procedimientos ilegales, que se encuentran actualmente en prisión. Por ello, la nueva norma no debe tener aplicación retroactiva.

A pesar de esta decisión por la no retroactividad de la sentencia, nótese la particularidad de este fallo, ya que reconoce igualmente que:

a- Una nueva norma que ordene otorgar una transcripción de los actuados durante el proceso al litigante carente de recursos o indigente, debe tener efecto retroactivo. Basa esta afirmación en el hecho que, negar el acceso a la justicia a una parte por carencia de fondos para adquirir una copia de las actuaciones, es denegar a los pobres el derecho a un proceso digno y justo.

b- Una nueva norma imponiendo el asesoramiento profesional en los casos criminales, debe ser de aplicación retroactiva. En caso contrario, se haría muy difícil para el procesado demostrar su inocencia, y el resultado del juicio no sería confiable.

c- Una nueva norma, estableciendo la determinación de un procedimiento apto para probar la voluntariedad de una confesión debe igualmente poseer efectos retroactivos. Contrariamente, se violaría el debido proceso legal.

En casos posteriores, la Corte, también continua haciendo el análisis del objetivo u objetivos de la nueva norma, a efectos de determinar la aplicación temporal de sus sentencias, variando las fundamentaciones de caso a

caso a los efectos de tomar su decisión. Ello, siempre teniendo en cuenta el cumplimiento efectivo y más correcto de la nueva norma, como indicadores de la prospectividad o retroactividad de la misma.<sup>58</sup> Por su parte, la Corte, también basandose en este elemento del test, ha otorgado a sus sentencias el efecto contrario, o sea, ha dado a sus pronunciamientos aplicación retroactiva. A título ejemplificativo observamos en *Witherspoon v. Illinois*<sup>59</sup>, que la Corte otorga absoluta retroactividad a nuevas reglas impidiendo la descalificación de futuros jurados, en virtud de su oposición a la pena capital. La Corte fundamenta dicha retroactividad en el hecho que, una violación de dicha regla, debilita la

---

58- Posteriormente, y siempre denegando la operatividad retroactiva de la nueva norma, en el caso *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719 (1966), la Corte justifica la no retroactividad para el caso de violación de normas que regulan el procedimiento de búsqueda de los hechos o proceso instructorio. Ello, por el hecho que la misma no impide a las personas cuyos procedimientos ya hayan terminado, invocar las mismas defensas que las argüidas en el presente caso, como parte de una acción de involuntariedad.

Así, podemos continuar enumerando diversas oportunidades en las cuales la Corte deniega la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad. En *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293 (1967), deniega la retroactividad de nuevas normas referidas a la identificación de personas en el ámbito policial.

En *Stefano v. Woods* 392 U.S. 631 (1968), la Corte deniega el efecto retroactivo de nuevas normas garantizando el derecho a ser juzgado por jurado, en vez que por un juez único.

Igualmente denegando la retroactividad a nuevas normas referidas a la evidencia obtenida por medio de una interferencia ilegal de las comunicaciones, en *Fuller v. Alaska* 393 U.S. 80 (1968).

Sosteniendo la no retroactividad de la evidencia obtenida por medio de estilicidio, en el caso *Desist v. United States* 394 U.S. 244 (1969), la Corte sostuvo que los objetivos de la nueva norma, son el elemento más importante a los efectos de determinar la vigencia temporal de sus sentencias.

Otro ejemplo de rechazo de la retroactividad, se observa en el caso *Halliday v. United States* 394 U.S. 831 (1969).

59- *Witherspoon v. Illinois* 391 U.S. 510 (1968).

integridad del proceso que decidirá el destino del acusado. No es esta la única oportunidad en la cual la Corte adopta la fundamentación derivante del objeto de la nueva norma, con la finalidad de otorgar a sus fallos operatividad retroactiva, sino que, variando argumentación, dependiendo de cada caso, la misma repite esta tendencia en diferentes ocasiones.<sup>60</sup>

Como se ha podido apreciar, la Corte presta gran atención al valor protegido por la nueva norma, como medio determinante de la operatividad temporal de sus sentencias penales. Contrariamente, en el ámbito civil, este elemento pasa prácticamente inobservado. Por su parte, se observa en los casos mencionados, una tendencia de la Corte a reducir el elemento de los objetivos de la nueva norma a dos conceptos básicos: la disuación (*deterrence*) y la confiabilidad (*reliability*). Para el caso que la nueva norma cuente como finalidad el disuadir a cierta persona o calidad de personas, de repetir ciertas conductas consideradas ilegales, existirá una presunción a favor de la irretroactividad. Ello, porque la aplicación retroactiva no cambiaría en nada el resultado final del proceso, y lo único que se lograría, es sobrecargar los organismos administradores de justicia con la reapertura de procesos ya terminados. En segundo lugar, el efecto disuasivo se obtiene igualmente, ya que a partir de ese momento, las personas interesadas tendrán plena conciencia de la ilegalidad de ciertas conductas, con lo cual, deberán dejar de repetirlas. Ahora, si en la finalidad de la nueva norma se encuentra aun implícitamente el respeto de la búsqueda de la verdad (*reliability*), la Corte tende a otorgar a sus sentencias efectos retroactivos.

---

<sup>60</sup>. Obsérvense los siguientes casos: *Roberts v. Russell* 392 U.S. 293 (1968), sosteniendo la retroactividad de nuevas normas reguladoras de la admisibilidad de la confesión hecha por un co-acusado; *Mc Connell v. Rhay* 393 U.S. 2 (1968); *Arsenault v. Massachusett* 393 U.S. 5 (1968); *Berger v. California* 393 U.S. 314 (1969).

Aparentemente la Corte traduce en sus pronunciamientos una marcada tendencia hacia la prospectividad, con la excepción de los casos en los cuales haya existido una ilegalidad en el "*fact finding process*", en cuyo caso optará por la retroactividad para evitar la condena de inocentes. Obviamente que la misma Corte impone ciertas limitaciones a esta actitud general, ya que en diferentes ocasiones, la misma establece que no debe prestarse atención a aspectos superficiales o marginales, sino que, substancialmente debe considerarse si la violación sufrida, puede o no poner en peligro el fundamento mismo de la sentencia de condena.<sup>61</sup>

Así, se observa que se ha pasado de considerar inicialmente la retroactividad como primera y única posibilidad de operatividad de las sentencias de la Corte, al punto exactamente contrario. Así es que, en virtud de la utilización de los objetivos de la nueva norma, para determinar los efectos temporales de las sentencias, la retroactividad pasa a ser la última posibilidad, solamente considerada para el caso de que no existan otros medios idóneos para evitar la condena de inocentes.

---

<sup>61</sup>- Ver *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719 (1966), en el cual la Corte establece que: "...wether a constitutional rule of criminal procedure did or did not enhance the reliability of the fact finding process at trial was necessarily a matter of degree...". Obsérvese la misma consideración en el caso *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293 (1967), y *Fuller v. Alaska* 393 U.S. 80 (1968).

## II- LA CONFIANZA DEPOSITADA EN BUENA FE EN LA NORMA PRECEDENTE (*RELIANCE*)

No sólo a través del análisis del primer elemento del *three pronged test* la Corte llega a una conclusión acerca de la operatividad temporal de sus sentencias. El segundo elemento a ser considerado subsiguientemente, es la confianza depositada por las partes en la norma precedente en buena fe, de actuar legalmente y acorde a la ley vigente ahora declarada inconstitucional. Este elemento del test podría también denominarse efecto sorpresa. En efecto, lo que la Corte considerará, será la sorpresa que causa la nueva norma al ser implementada. Así es que la característica importante en este elemento es la novedad de la nueva norma. Novedad e imprevisibilidad, vale decir, que sea un pronunciamiento de la Corte, que no haya sido o haya podido ser previsto por las partes litigantes.

La Corte cuenta con la posibilidad de irse pronunciando por medio de sus fallos, acerca de la fuerza vinculatoria de las diversas normas o principios vigentes dentro del ordenamiento jurídico. Así, por medio de las explicaciones dadas en las sentencias con carácter de *obiter dictum*, la Corte puede poco a poco ir debilitando la aplicación o vigencia de un cierto principio. Si así lo hiciera, las partes podrán fácilmente prever o anticipar un futuro fallo de la Corte declarando la inconstitucionalidad del mismo, o el dictado de una nueva norma que lo subplante. La previsibilidad de la declaración de inconstitucionalidad puede derivar de factores muy diversos, sea de precedentes de la Corte, de los pronunciamientos judiciales en general, y de cualquier otra fuente del derecho.

Si contrariamente, la Corte guarda silencio y no anticipa su opinión futura, entra a jugar el elemento sorpresa, que causaría en las partes que



han cumplido las disposiciones precedentes en buena fe de actuar de acuerdo a la ley un efecto perjudicial, si la Corte no tomara medidas para evitar esa injusticia. <sup>62</sup> En efecto, si ha existido buena fe en el cumplimiento de la norma ahora declarada inconstitucional, y esta declaración provoca frustración en las partes que han creído actuar legalmente, esto constituye un factor en contra de la retroactividad. Si en cambio, la Corte considera que no ha existido tal cumplimiento de la vieja norma en buena fe, entra a jugar un factor a favor de la irretroactividad o prospectividad.

Ahora si bien es un concepto fácil de entender, no lo es tanto de delimitar o especificar. La Corte nunca ha aclarado cuándo se reúnen los elementos necesarios para que exista buena fe en el cumplimiento de una norma. Inicialmente, este elemento fue el utilizado para dar bases a la aplicación irretroactiva de las sentencias de la Corte. Las sentencias que darán base posteriormente al caso *Linkletter*, se fundamentan en la protección de la confianza de las partes en el cumplimiento de la ley previa. Aquí es donde como requisito necesario para la demostración de la existencia de dicha buena fe, se requería la finalización de un contrato de acuerdo a las reglas existentes al momento de su realización.

La Corte inicia a aplicar prospectivamente sus sentencias, evitando así perjuicios a las partes contratantes. <sup>63</sup> Posteriormente, la Corte,

---

<sup>62</sup>. A los efectos de profundizar los componentes a ser analizados en relación al efecto sorpresa sufrido por las partes, ante el dictado de una nueva norma o de una declaración de inconstitucionalidad, ver A. L. CORBIN, "*Prospective overruling and retroactive application in the...*", *op. cit.* (nº 15), pág. 944 a 950.-

<sup>63</sup>. Ver *Gelpcke v. Dubuque* 1 Wall 175 (1864), *Douglass v. Pike County* 101 U.S. 677 (1880), *Ralls County v. Douglass* 105 U.S. 728 (1881).

variando su punto de apoyo, pero siempre en consideración de la confianza demostrada por las partes en la norma ahora inconstitucional, ha hecho también extensiva la irretroactividad en diferentes sentencias dentro del ámbito civil. <sup>64</sup>

---

<sup>64</sup>. Véanse las siguientes sentencias: *England v. Louisiana State Board of Medical Examiners* 375 U.S. 411 (1964), sosteniendo la prospectividad de una nueva norma sobre procedimiento civil, quedando excluidos de la nueva norma también las partes del juicio en curso de resolución. La Corte misma establece que, aun teniendo las partes, una visión errónea del significado de una precedente sentencia de la Corte, pero en virtud del apoyo a dicha interpretación por parte de importantes autoridades, es razonable actuar de acuerdo a ella.

También en el caso *Linkletter* se deniega efectos retroactivos a la sentencia, excluyendo la evidencia obtenida por medios irrazonables de búsqueda y decomiso de pruebas, en virtud que los estados habían confiado en la ley anterior y actuado en concordancia con ella, y que la misma Corte había dado su aprobación implícita a la aplicación de esa norma en cientos de casos previos.

En *Tehan v. United States* 382 U.S. 406 (1966), se deniega efectos retroactivos a la declaración de inconstitucionalidad de la norma estableciendo los juzgamientos ante el silencio del acusado. La fundamentación se encuentra en la confianza depositada en opiniones de la misma Corte, sosteniendo la constitucionalidad de dichos juzgamientos.

Sosteniendo que las nuevas reglas referidas a la interrogación de custodios no debe tener aplicación retroactiva, en *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719 (1966), la Corte se fundamenta en que dicha operatividad no salvaría o corregiría los errores ya cometidos, y en la confianza depositada por los agentes referidos en la norma anterior.

Igualmente procede la Corte en *James v. United States* 366 U.S. 213 (1961), *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293 (1967); *De Stefano v. Woods* 392 U.S. 631 (1968), *Fuller v. Alaska* 393 U.S. 80 (1968), *Jenkins v. Delaware* 395 U.S. 213 (1969), *Cipriano v. Houma* 395 U.S. 701 (1969), *Desist v. United States* 394 U.S. 244 (1969), *Halliday v. United States* 394 U.S. 831 (1969).

Contrariamente, la Corte ha enfatizado la inexistencia del elemento confianza en la norma precedente, utilizando la misma fundamentación antedicha, y ha aplicado sus sentencias retroactivamente en los siguientes casos: *Roberts v. Russell* 392 U.S. 293 (1968), donde aplicando retroactivamente una nueva norma, referida a la admisión de la evidencia derivada de la confesión de un co-acusado, la Corte sostiene que la confianza depositada en la norma previa no

Como se puede apreciar, si bien inicialmente este criterio fué utilizado primero dentro del ámbito contractual, y luego dentro del ámbito civil, posteriormente y gradualmente se fue produciendo también un trasvasamiento de dicho criterio al ámbito penal. La Corte produce una ampliación de la protección de derechos por medio de la utilización de este criterio en el ámbito penal. Así, entra a proteger no sólo los derechos del simple individuo, sino también la confianza depositada en la norma previa por el mismo Estado. El Estado, asumiría en este caso, la representación de la sociedad entera, que se vería perjudicada ante la aplicación retroactiva de una declaración de inconstitucionalidad, que podría implicar por ejemplo, la liberación de un gran número de prisioneros por delitos penales. Dentro del término Estado, quedan también comprendidos todos los agentes o instituciones públicas que lo representan. De esta manera, la Corte, teniendo en cuenta la buena fe de estos agentes en la aplicación de las normas ahora inconstitucionales, desarrolla en la legítima confianza depositada por ellos un medio justo, para mantener el equilibrio entre los diversos poderes estatales.

Es así como se observa la evolución dentro del ámbito de la denominada *reliance*: de la aplicación en casos civiles y con intención de proteger derechos individuales - como sería la función de todo órgano jurisdiccional -, a la

---

es persuasiva, desde que en diferentes oportunidades, varias cortes se habían ya pronunciado en contra del principio anterior.

En *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.* 392 U.S. 481 (1968), caso referido a una nueva construcción dentro de una ley de antitrust federal, la Corte aplica la nueva norma retroactivamente, sosteniendo que en anteriores opiniones, por medio de *dicta* la misma había anticipado la posibilidad del surgimiento de una nueva construcción que sería de aplicación prospectiva.

Otros casos en los cuales la Corte ha dado aplicación retroactiva por inexistencia del elemento confianza en la norma previa son: *Berger v. California* 393 U.S. 314 (1969), *Lear, Inc. v. Adkins* 395 U.S. 653 (1969).

extensión también a casos penales, con la intención de proteger derechos colectivos o generales, con la potencialidad de la Corte, de a través de sus pronunciamientos, modificar ámbitos completos del derecho vigente.

### III- LOS EFECTOS SOBRE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

El último elemento del *three pronged test* es la consideración del efecto que podría producir otorgar determinada aplicación temporal a una sentencia, sobre la administración de justicia. Así si la aplicación retroactiva de una sentencia, implicara la reapertura de un sinnúmero de procesos ya concluidos, existirá una presunción a favor de la prospectividad. Si en cambio, la aplicación retroactiva de un nuevo principio contribuye a la determinación de la verdad y el cumplimiento del principio de igualdad, sin afectar ni retardar el normal funcionamiento de los órganos encargados de administrar justicia, en este caso, existirá una presunción a favor de la retroactividad.

Obviamente que este elemento es el menos importante de los tres, sólo entrará a jugar su papel, para el caso que los otros dos elementos no arrojen un único resultado. Por otra parte, en este elemento se encuentran algunas falencias, que si fuera utilizado como único instrumento de valoración, orientativo de la retroactividad o prospectividad, llevaría a la Corte ha cometer grandes injusticias, como consecuencia de prestar excesiva atención, a un aspecto estrictamente formal.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup>- Estas falencias, consisten en la potencialidad existente de sobrevalorar un aspecto formal, cual sería el exceso de trabajo o la plétora de procesos sobre las espaldas de los órganos

La Corte ha utilizado este criterio en forma variada e inconstante, sin tener una unidad de criterio. Así, en el caso *Witherspoon v. Illinois* <sup>66</sup>, la Corte otorgó absoluta retroactividad a la declaración de inconstitucionalidad de la norma que reglaba la exclusión de una persona del jurado que hubiera declarado su objeción a la pena de muerte. En este caso, la Corte opta por la retroactividad total, ya que la norma en cuestión dejaba abierta la duda sobre la condena a muerte de un cierto número de personas, y como consecuencia, la sobrecarga de la administración de justicia debía necesariamente pasar a un segundo plano. <sup>67</sup>

---

administradores de justicia, cuando muy por sobre él, se encuentra el valor justicia. Influye también, la imposibilidad material en la mayoría de los casos, de determinar exactamente cuál sería el número de procesos a ser reabiertos, y por lo tanto, se otorgaría mayor importancia a una estimación hecha por la Corte, que a la verdadera función de un órgano como ella, la administración de justicia.

En segundo lugar, se debe considerar, que aun otorgándole efectos retroactivos a la declaración de inconstitucionalidad, no todos los potencialmente beneficiados por la nueva norma podrían ejercer su derecho. Ello dependería de una serie de condiciones procesales, tales como probar efectivamente el daño sufrido años después del episodio que motivó el proceso, surgiendo así, el problema de la conservación y existencia o no de la prueba necesaria. Evidentemente, si así sucediera, se obtendrían soluciones arbitrarias en relación a las personas que hipotéticamente se encuentran en igualdad de circunstancias. Ver A. L. CORBIN, "*Prospective overruling and retroactive application in the...*", *op. cit.* (nº 15), pág. 950 - 951.

<sup>66</sup>- *Witherspoon v. Illinois* 391 U.S. 510 (1968).

<sup>67</sup>- Igualmente en el caso *Roberts v. Russell* 392 U.S. 293 (1968), la Corte otorga efectos retroactivos a la nueva norma referida a la admisibilidad de la confesión de un co-acusado, ya que existía la duda sobre la confiabilidad del proceso de determinación de la inocencia o culpabilidad del imputado.

Contrariamente, la Corte, en cuestiones de menor importancia, se ha decidido por otorgar primacía al aspecto de la sobrecarga de la administración de justicia, como justificativo para denegar la aplicación retroactiva de sus sentencias.<sup>68</sup> Como se observa, nuevamente, marcar una clara tendencia o lineamientos de carácter general en la jurisprudencia de la Corte, se hace prácticamente imposible.

---

<sup>68</sup>- En *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965), la Corte deniega efectos retroactivos a la nueva norma, ya que hacerla retroactiva implicaría sobrecargar al máximo la administración de justicia. En *Tehan v. United States* 382 U.S. 406 (1966), deniega aplicación retroactiva, ya que tal operatividad causaría un grave impacto sobre seis Estados, que han aplicado rigurosamente la norma previa durante 57 años. En *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719 (1966), la Corte rechaza la retroactividad de la nueva norma, ya que ello implicaría una seria ruptura de la administración del derecho penal.

Otros casos denegando efectos retroactivos a una nueva norma, en virtud de la sobrecarga de la administración de justicia, son: *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293 (1967), *De Stefano v. Woods* 392 U.S. 631 (1968), *Desist v. United States* 394 U.S. 244 (1969), *Halliday v. United States* 394 U.S. 831 (1969). La Corte ha reconocido en diferentes oportunidades, que si bien el efecto sobre la administración de justicia, es un elemento más a ser considerado, en realidad no es determinante a los efectos de orientar la Corte a favor o en contra de la retroactividad. Así, en el caso *Witherspoon v. Illinois* 391 U.S. 510 (1968), la Corte establece que cuando está en juego la integridad del proceso que decide el futuro del imputado, a pesar del gravamen sobre la administración de justicia, ésta sentencia debe ser de aplicación absolutamente retroactiva. Consideraciones de iguales características se observan en el caso *Roberts v. Russell* 392 U.S. 293 (1968).

#### IV- QUÉ ELEMENTO DEBE PRIMAR PARA EL CASO DE CONTRADICCIÓN DE SUS RESULTADOS ?

Podría ocurrir que los tres elementos del *three pronged test* coincidieran en una única orientación acerca de la operatividad temporal que se les debe dar a las sentencias de la Corte; pero también - y es lo más común - puede ser que las tendencias de uno y otro elemento sean opuestas o contradictorias, con lo cual, a efectos de dar una solución a este problema, la Corte deberá otorgar mayor importancia a uno de ellos, para fundamentar su decisión. Es bajo este aspecto, en el que se debe prestar ante todo atención a la diferenciación de criterios adoptados en las distintas ramas del derecho. Se observa, en efecto, que los criterios acerca de la jerarquía a ser otorgada a los elementos del *three pronged test*, poseen diferentes características en el ámbito penal y en el ámbito civil.

Este es un aspecto, al cual la Corte ha debido afrontar prácticamente en forma inmediata posterior al caso *Linkletter v. Walker*, dentro del denominado campo de acción del derecho penal. La primera vez que a la Corte se le presenta la problemática de resumir los tres criterios en una única dirección, surge en el caso *Johnson v. New Jersey*.<sup>69</sup> En este caso, tratándose de

---

<sup>69</sup>- *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719 (1966). En este caso, el actor, habiendo sido sentenciado a muerte por homicidio, basándose: 1- en la sentencia al caso *Escobedo v. Illinois* 378 U.S. 478 (1964), referido a la inconstitucionalidad de las interrogaciones policiales obtenidas ilegalmente e incluidas en el proceso; y 2- en la sentencia al caso *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1964), que entre otras modificaciones a los principios rectores de la interrogación policial, afirma el derecho a la asistencia letrada en todo interrogatorio, aun aquellos llevados a acabo anteriormente al proceso; reclama la aplicación a su propio caso de dichos principios, para obtener la revocación de su sentencia de condena.

principios relacionados con la búsqueda de la verdad (*fact finding process*), y estando en juego la confianza en la veracidad del proceso para evitar la condena de una persona inocente, parecería que la Corte debiera orientarse a favor de la operatividad retroactiva. Contrariamente observamos que, la confianza depositada en el cumplimiento del deber por parte de los oficiales públicos que prosiguieron interrogatorios de acuerdo a las normas ahora declaradas inconstitucionales por los casos *Miranda* y *Escobedo*; así como los potenciales efectos que causaría la reapertura de un sinnúmero de procesos sobre la administración de justicia, parecen orientar a la Corte hacia una operatividad solamente prospectiva de las dos sentencias mencionadas.

Finalmente la Corte se decide por la irretroactividad, fundamentando su decisión en que la misma debe considerar y resolver cada caso particular, prestando atención a las características especiales de la norma en cuestión; pero no se refiere a la elección del factor que ponderando sobre los demás orientó su decisión. Aquí, la Corte, en vez de plantearse la primacía de uno de los elementos del test sobre los demás, adopta una posición moderada por medio de la cual, produce una adaptación de los objetivos de las nuevas normas a los elementos de la confianza depositada en buena fe por los agentes públicos, y a los efectos que la retroactividad hubiera producido sobre la administración de justicia.

Inevitablemente, la Corte debía tomar una decisión radical sobre el punto, ya que no siempre la adaptación de unos criterios a otros le resultaría tan fácil de llevar a cabo, y por otra parte, erigir una jerarquía entre los tres elementos del test, contribuiría a la previsibilidad orientativa de sus decisiones futuras. Años más tarde la Corte enfrenta dicho problema adoptando



una solución concreta. Es en el caso *Desist v. United States* <sup>70</sup> cuando se pone el objetivo de la nueva norma en una situación de privilegio en relación a los otros dos factores. Tanto la confianza en la norma precedente, como los efectos sobre la administración de justicia, sólo serán considerados con el fin de establecer los efectos temporales de las sentencias, si los objetivos de la nueva norma no los clarificaran en forma convincente.

La Corte, en su sentencia establece:

*"...Foremost among the factors in resolving the question of retroactivity of decisions expounding new constitutional rules affecting criminal trials is the purpose to be served by the new constitutional rule...*

*...The factors of the extent of reliance by law enforcement officials on old standards, and the consequent burden on the administration of justice that would flow from a retroactive application of new standards, used in resolving the question of the retroactivity or nonretroactivity of a new constitutional rule affecting criminal trials expounded in a decision, are relied heavily upon only when the purpose of the rule in question does not clearly favor either retroactivity or prospectivity."* <sup>71</sup>

Dentro del ámbito civil, por el contrario, de acuerdo a lo que surge de las páginas precedentes a este título, el elemento dominante sobre los restantes, es la confianza depositada en buena fe en el cumplimiento de la norma ahora declarada inconstitucional. A través de la prevalencia otorgada a la confianza demostrada por la actitud de las partes en el cumplimiento de la vieja norma, resalta aún más, el carácter y la importancia de la entidad del cambio

---

<sup>70</sup>- *Desist v. United States* 394 U.S. 244 (1969).

<sup>71</sup>- *Desist v. United States* 394 U.S. 249, 251 (1969).

legislativo impuesto por la decisión de la Corte. Así, la relación entre la novedad que produce una modificación del derecho vigente<sup>7</sup> - sea por cambio de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, como de cortes inferiores - con el elemento confianza en la vieja norma, es directamente proporcional. Cuanto mayor sea la novedad de la nueva norma editada por una sentencia declarativa de inconstitucionalidad, mayor será la necesidad de proteger las partes que han cumplido con la norma previa, a efectos de evitar sufran consecuencias injustas, en sus personas o sobre sus bienes.

Por lo tanto, en el ámbito civil, se entrará a considerar el aspecto de la operatividad temporal de las sentencias de la Corte, sólo en el caso que la sentencia en cuestión posea un contenido con características de novedad. En caso contrario, la operatividad de la sentencia será la tradicional: la retroactividad.

## **CAPITULO TERCERO**

**LA RETROACTIVIDAD EN LA SUPREMA CORTE FEDERAL DESDE  
*LINKLETTER* HASTA LA ACTUALIDAD**



## A- EL FACTOR "OBJETIVO" DE LA NUEVA NORMA. PRINCIPIOS DERIVADOS DE *LINKLETTER*, *STOVALL* Y *DESIST*.

### 1- DEFINICION DE LOS ELEMENTOS DEL *THREE PRONGED TEST*

Como resulta evidente, con anterioridad a la sentencia del caso *Linkletter v. Walker* <sup>1</sup>, la Corte reconocía como regla de aplicación general la retroactividad de sus sentencias en materia constitucional. <sup>2</sup> Dicha línea de sentencias se vió interrumpida con el caso *Linkletter*, en el cual la Corte manifiesta por primera vez la potestad que la misma posee de dar efectos simplemente prospectivos a cierto tipo de normas creadas judicialmente. Así comienza la era de la problemática derivada de la prospectividad, por supuesto, observándose desde el inicio por parte de la Corte, la intención de establecer principios rectores de la materia de la limitación temporal de sus sentencias. Así surge en un estado elemental el denominado *three pronged test*, que luego será explícitamente consagrado en la sentencia al caso *Stovall v. Denno* <sup>3</sup>. El objetivo

---

<sup>1</sup>- *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965).

<sup>2</sup>- Ver *Norton v. Shelby County* 118 U.S. 425 (1886), *Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank* 308 U.S. 371 (1940). Para mayores detalles ver *supra* Capítulo Segundo.

<sup>3</sup>- *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293 (1967).

El Dr. Paul Behrendt fue apuñalado al igual que su esposa cuando se encontraban en su casa. El primero muere como consecuencia de las heridas causadas por el asesino, y su esposa logra salvarse luego de sufrir una cirugía mayor. La policía obteniendo el permiso de la víctima sobreviviente, transporta un sospechoso al hospital a efectos de someterlo a un reconocimiento de la voz, sin darle tiempo suficiente como para que el mismo encuentre asesoramiento legal para

de la nueva norma (*purpose*), la confianza depositada por las partes en la norma previa (*reliance*), y, los efectos potenciales sobre la administración de justicia que causaría la aplicación retroactiva de la nueva norma, pasan a ser entonces, los tres elementos a ser considerados a fin de establecer la retroactividad o la prospectividad de una decisión tomada por la Corte en materia constitucional.

Dos años después del caso *Linkletter*, en *Stovall v. Denno* <sup>4</sup> surgen dos principios de carácter general en materia de retroactividad: en primer lugar, quedan explícitamente consagrados los tres factores integrantes del *three pronged test* o *balancing test*, que vendrán considerados para determinar la solución aplicable al problema de la limitación temporal de las sentencias de la Corte <sup>5</sup>; y luego, se establece que no existirán diferencias de tratamiento para resolver la cuestión de la retroactividad o prospectividad, entre los casos que ya hayan sido resueltos por medio de una sentencia que sea final, y aquellos que aún poseen abierta la posibilidad de una apelación directa <sup>6</sup>. Este segundo punto será, como

---

asistirlo en dicho reconocimiento. El mismo fue encapuchado, y ante la pregunta de la policía de si ese era el agresor, la víctima logra identificarlo. Durante el proceso, la Sra. Behrendt procede a un nuevo reconocimiento judicial gracias al cual dicho sospechoso viene condenado. El problema presentado a la Corte por medio de un *habeas corpus* es el ataque de la sentencia de condena, alegando errores constitucionales en la admisión de una prueba de reconocimiento ilegal; como había sucedido en *United States v. Wade* 388 U.S. 218 (1967) y en *Gilbert v. California* 388 U.S. 263 (1967). Así este caso, es el medio para decidir si las reglas exigiendo la exclusión de la prueba de identificación, que haya sido corrompida exhibiendo el imputado ante la presencia de testigos antes del juicio y sin asesoramiento profesional, establecida en los casos antes mencionados, debe ser aplicada retroactivamente.

<sup>4</sup>- *Idem supra* (nº 3).

<sup>5</sup>- *Stovall v. Denno* 388 U.S. al Nº 297 (1967).

<sup>6</sup>- *Stovall v. Denno* 388 U.S. al Nº 300 (1967).

veremos posteriormente, el núcleo de una de las problemáticas fundamentales del tema del que nos estamos ocupando.

Queda de esta forma establecido en el año 1967 el sistema de análisis caso por caso como procedimiento destinado a la determinación de cuáles serán los efectos temporales de las sentencias de la Corte Suprema en materia constitucional.

## 2-JERARQUIA DE DICHOS FACTORES

Durante los primeros años posteriores a *Linkletter* y a *Stovall*, la Corte no logra dar una jerarquía que regule la utilización de los tres factores integrantes del *balancing test*. La misma se limita a otorgar un orden de prioridad temporal, absolutamente casual y sin prestar atención a la mayor o menor importancia de un factor sobre el otro, simplemente a efectos de su análisis por parte de la misma. Este orden de prioridad en el tratamiento era el siguiente: en primer lugar se analiza la propuesta u objetivo fundamental de la nueva norma (*purpose*), luego se profundiza en el estudio de la confianza depositada en la norma previa (*reliance*), y el último factor a ser analizado temporalmente, es el de los efectos sobre la administración de justicia.<sup>7</sup>

---

Esta segunda afirmación marca el alejamiento del criterio original sostenido en *Linkletter*, sentencia de acuerdo a la cual dicha diferenciación era bien demarcada.

<sup>7</sup>- Ver *Tehan v. United States* 382 U.S. 406 (1966), *Johnson v. State of New Jersey* 384 U.S. 719 (1966), *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293 (1967), *Fuller v. Allaska* 393 U.S. 80 (1968), *Witherspoon v. State of Illinois* 391 U.S. 510 (1968), *De Stefano v. Woods* 392 U.S. 631 (1968).

Es recién en el caso *Desist v. United States* fallado en Marzo de 1969<sup>8</sup>, donde la Corte establece claramente cual será la jerarquía definitiva a ser reconocida entre los tres factores del *three pronged test*.<sup>9</sup> De esta forma, la Corte pone en un lugar preponderante en materia penal la propuesta u objetivo principal de la nueva norma. La misma, refiriéndose al criterio rector afirma en esta sentencia que: "*This criterion strongly supports prospectivity for a decision applying the evidentiary exclusionary rule*".<sup>10</sup> Por el contrario, en el ámbito del derecho civil, la confianza depositada por las partes en la norma anterior (*reliance*), continúa siendo el punto referencial a efectos de limitar temporalmente las decisiones de la Corte.

Parafraseando la continuación del razonamiento elaborado por la Corte en este caso se establece que, en realidad merece también mucha atención

---

<sup>8</sup>- *Desist v. United States* 394 U.S. 244 (1969).

<sup>9</sup>- Remitirse al Capítulo II, en su título "IV- Qué elemento debe primar para el caso de contradicción de sus resultados?".

<sup>10</sup>- Ejemplo de esta afirmación se observa en el caso *Linkletter v. Walker* 381 U.S. n° 636 - 637 (1965) cuando la Corte, utilizando el factor objetivo de la nueva norma contenida en su sentencia previa - el caso *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643 (1961) -, y con el objetivo de limitar sus efectos estableció: "...all of the cases ... requiring the exclusion of illegal evidence have been based on the necessity for an effective deterrent to illegal police action ... We cannot say that this purpose would be advanced by making the rule retrospective. The misconduct of the police ... has already occurred and will not be corrected by releasing the prisoners involved."

Contrariamente, en otros casos donde el factor objetivo ofrecía bases más frágiles o poco determinantes, la retroactividad ha sido denegada por la Corte: ver, *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293, 298 (1967); *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719, 730 (1966); *Tehan v. Shott* 382 U.S. 406, 414 (1966). *Desist v. United States* 394 U.S. 244, 249 N° 14 (1969).



el interés estatal, que se encuentra depositado tanto en el factor confianza en la norma previa, como en el factor de los efectos sobre la administración de justicia. Pero, los mismos sólo deben ser secundariamente considerados, para el caso que la nueva norma no afecte gravemente la confiabilidad de la sentencia, o bien, cuando la retroactividad fuere innecesaria para asegurar el cumplimiento del objetivo de la nueva regla de derecho.<sup>11</sup>

De todos modos, y a pesar que la Corte se ha encargado de indicar claramente que si del factor objetivo de la nueva regla derivara una presunción en favor de la retroactividad, los otros dos factores no vendrían considerados, se observa en su jurisprudencia un uso incoherente de este principio.<sup>12</sup>

En especial, podemos observar la preferencia de la Corte por otorgar una presunción de irretroactividad a las nuevas normas constitucionales referidas particularmente al contenido de la Cuarta Enmienda Constitucional<sup>13</sup>,

---

<sup>11</sup>. Así ha procedido la Corte en los siguientes casos: *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719 (1966); *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293 (1967); *DeStefano v. Woods* 392 U.S. 631 (1968).

<sup>12</sup>. Ver *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719 (1966); *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293 (1967), donde la Corte permite a estos dos factores primar sobre los objetivos de la nueva norma; *DeStefano v. Woods* 392 U.S. 631 (1968); *Desist v. United States* 394 U.S. 244 (1969); *Williams v. United States* 401 U.S. 646,653 (1971). También la Corte ha directamente establecido, sin entrar demasiado profundamente en el análisis de los tres factores, que los mismos apuntan hacia la no retroactividad, ver *Adams v. Illinois* 405 U.S. 278 (1972); *Michigan v. Payne* 412 U.S. 47 (1973). O finalmente, que el factor objetivo de la nueva norma requiere una aplicación retroactiva, ver *Roberts v. Russell* 392 U.S. 293 (1968); *Ivan v. City of New York* 407 U.S. 203 (1970).

<sup>13</sup>. "AMENDMENT IV: *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*"

a menos que el factor objetivos de la nueva norma requiriérase inequívocamente la retroactividad de la norma.<sup>14</sup>

Esta inconsistencia dentro de la jurisprudencia misma de la Corte Suprema, deriva en un uso controvertido de los criterios dados previamente por ella. De ello también se desprende, lógicamente, el desconcierto de las cortes inferiores en el momento de resolver las cuestiones que se le plantean.<sup>15</sup> Casi se podría describir la situación, a pocos años del caso *Linkletter*, como de aplicación caótica de principios que se van transformando y mutando en una pléyade de doctrinas contradictorias entre ellas mismas.<sup>16</sup> Este complejo de principios deriva del hecho que, aun siendo el factor objetivo de la nueva norma el

---

<sup>14</sup>. Ver *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719, 729 - 730 (1966); *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293 (1967).

<sup>15</sup>- Respecto a las consecuencias producidas por la problemática de la retroactividad a lo largo de la evolución jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema Federal, en las cortes inferiores, ver P. HASLER, "Retroactivity Rethought: the Hidden Cost", en *Maine Law Review* 1972, pág. 23 - 34; igualmente J. B. CORR "Retroactivity: a Study in Supreme Court Doctrine "As Applied", en *61 North Carolina Law Review* 1983, pág. 763 - 797.

<sup>16</sup>- Resultó evidente que las críticas surgieran inevitablemente, ante semejante disparidad y contradicción de criterios utilizados por la Corte. Así, F. X. BEYTAGH, "Ten Years of Non-Retroactivity: A Critique and a Proposal", en *61 Virginia Law Review* 1975, pág. 1604 - 1605; manifestando que los criterios delineados en el caso *Linkletter* fueron inconsistentes, crítica a la Corte, por no haber dado a las cortes inferiores y a las partes, una evaluación razonada del criterio a ser utilizado por la misma.

Por su parte R. A. ROSSUM en "New Rights and Old Wrongs: The Supreme Court and the Problem of Retroactivity", en *23 Emory Law Journal* 1974, pág. 402 - 03, sostiene que la Corte se ha desviado de su criterio original, y a pesar de sus expresiones, en la práctica, ha roto con todas las limitaciones que pesaban sobre su función con anterioridad.

elemento que regirá la presunción de la Corte en favor de la prospectividad o la retroactividad, la misma se ha permitido ubicar este factor en un segundo plano, cuando los otros dos factores le indicaran que debía seguir en otra dirección. Igualmente aunque considerando éste factor como el rector de la eficacia temporal de sus sentencias, la Corte, se ha concedido el obtener una presunción generalizada favorable a la retroactividad, sin fundamentar suficientemente su postura.

### 3- DIFERENCIA ENTRE APELANTES EN *DIRECT REVIEW* Y EN *COLLATERAL ATTACK*

La Corte en su primera manifestación expresa sobre el punto, en su sentencia al caso *Linkletter v. Walker* <sup>17</sup>, toma como punto de referencia la postura procesal de los litigantes, a los efectos de determinar los beneficiarios de la nueva norma. Así deriva que la nueva norma será de aplicación irrestricta a todos los litigantes que accedan a la Corte en apelación directa (*direct review*), mientras que no obtendrán igual resultado, aquellos que participan en una causa en la cual la sentencia ya haya pasado en autoridad de cosa juzgada, e intenten un ataque indirecto de la misma (*collateral attack*). <sup>18</sup>

---

<sup>17</sup>- *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965).

<sup>18</sup>- La forma de acceder a las cortes de justicia por medio del *collateral attack* es el *habeas corpus*. Este último es el más importante remedio contra los confinamientos y las restricciones ilegales en los sistemas de *common law*. Se encuentra especialmente reconocido en la Constitución americana en su artículo I § 9, "*The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it.*" Puede ser otorgado por la Suprema Corte, cuando el prisionero de que se trate se encuentre bajo custodia de los Estados Unidos.

En la sentencia al caso *Stovall v. Denno*<sup>19</sup> por el contrario, se deja de lado tal consideración, por lo tanto la Corte concluye que: "*no distinction is justified between convictions now final, ...and convictions at various stages of trial and direct review*".<sup>20</sup> De esta forma se produce una ampliación del ámbito de los beneficiarios de la nueva norma, y dentro de esta categoría quedarán incluidos, no sólo aquellos procesados que ejerzan su derecho a una apelación directa (*direct appeal*), para el caso que la violación haya ocurrido antes de la fecha del pronunciamiento de la nueva norma; sino también, aquellos que aun con

---

Dicha custodia debe encontrar su razón de ser en la comisión u omisión de un hecho en seguimiento de una ley del Congreso, o bien como consecuencia de una sentencia judicial. Dicha custodia debe igualmente ser violatoria de la Constitución, de las leyes o tratados de los Estados Unidos. La solicitud de este remedio procesal, debe ser presentada por escrito con la firma del interesado o de su representante. Debe detallar los hechos que motivaron la detención, en virtud de qué autoridad se dictó el auto, y la autoridad responsable del mismo. Si la presentación se realiza directamente ante la Suprema Corte, se debe explicar las razones que han inducido al juez *a quo* para no remitirlo a la Corte de distrito. Inicialmente la Corte trasladará la petición a la autoridad responsable de la detención para que especifique cuáles serían los motivos por los cuales el caso no es atendible. Luego se dará traslado al requiriente para que objete los argumentos de la contraparte y agregue - si lo cree conveniente - otro material fáctico que haga a su petición. La Suprema Corte sólo podrá entender en un *habeas corpus* cuando el detenido se encuentre en tal condición como consecuencia de la violación de la Constitución, de una ley o tratado de los Estados Unidos de Norteamérica.

<sup>19</sup>- *Stovall v Denno* 388 U.Sc. 293 (1967).

<sup>20</sup>- *Stovall v Denno* 388 U.S. 293, 300 (1967).

sentencia final anterior a la enunciación de la nueva norma, intenten una apelación indirecta o colateral (*collateral attack*). <sup>21</sup>

En esta sentencia se observa una particularidad, se trata del hecho que, si bien la Corte restringe la esfera de acción de la irretroactividad excluyendo algunos litigantes en apelación directa del beneficio de la nueva norma, contrariamente, hace extensivo el beneficio del nuevo principio de derecho a las partes integrantes del proceso en el cual el mismo viene proclamado. <sup>22</sup>

Aquí surge la creación de una desigualdad entre las partes litigantes participantes del caso en el cual se pronuncia la nueva regla - que se beneficiarán con ella -, y todos aquellos que aun en igualdad de circunstancias, no gozarán del mismo derecho, en virtud que su proceso no ha sido el vehículo o instrumento utilizado para el pronunciamiento del nuevo principio jurídico.

La Corte misma justifica su afirmación, estableciendo que si no aplicara el nuevo principio al caso *sub-lite*, la sentencia permanecería en estado de *obiter dictum*. Así, basándose en el principio del artículo III de la Constitución, por el cual las cortes sólo se encuentran llamadas a resolver casos o controversias concretas, justifica esta posición de beneficiar el caso instrumento de

---

<sup>21</sup>. Esta distinción así dejada de lado, permanecerá prácticamente inmutable hasta su reestablecimiento en el caso *United States v. Johnson* 457 U.S. 537, 562 (1982). Ver al respecto *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719, 732 (1966); *Williams v. United States* 401 U.S. 646, 651 - 52 (1971); *United States v. Peltier* 422 U.S. 531, 535 (n° 5) (1975).

<sup>22</sup>. Ver *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293, 301 (1967).

proclamación de un nuevo principio con la aplicación del principio declarado.<sup>23</sup> Igualmente recurre al argumento justificador de considerar que no aplicar la regla al caso concreto implicaría quitar el incentivo que poseen las partes en adelantar propuestas para efectivizar cambios necesarios en la ley<sup>24</sup>, si ellas mismas no disfrutarán del cambio por medio de ellas introducido.<sup>25</sup>

---

23- En relación a ésta justificación, *vid.* F. X. BEYTAGH, "Ten years of Non-Retroactivity:...", *op. cit. supra* (n° 16), pág. 1603 - 1604, sostiene que la Corte se mantiene indiferente a las críticas realizadas contra éste criterio, y que es reticente a la idea de abandonar la pretensión de actuar en una forma tradicional. Considera que éste último escollo es el que la Corte debería superar para poder adoptar un criterio de pura prospectividad.

También los jueces de la misma Corte hicieron sentir su crítica en sus disidencias; el Juez Douglas, en su voto disidente en *Desist v. Unites States* 394 U.S. n° 256 (1969), rechaza el voto mayoritario por considerar que: "*where the spirit is strong, there has heretofore been no impediment to producing only dictum through a 'case or controversy'.* Indeed that tradition started with *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137."

24- Sobre éste tópico, existen opiniones doctrinales en uno y en otro sentido, así P. J. MISKIN, "The Supreme Court 1964 Term - Foreword: The High Court, The Great Writ, and the Due Process of Time and Law", en 79 Harvard Law Review 1965, pág. 61, apoya la Corte sosteniendo que si las partes pudieran prever o anticipar esa limitación prospectiva, seguramente carecerían de interés para provocar cambios en la ley.

De la opinión contraria son J. MALLAMUD "Prospective Limitation and the Rights of the Accused", en 66 Dick. Law Review 1970, pág. 335 - 36; y F. X. BEYTAGH, "Ten years of Non-Retroactivity:...", *op. cit. supra* (n° 16), pág. 1614, quienes creen que la Corte sobreestima el desinterés que esto puede producir en las partes. Creen permanezca siempre la posibilidad de una aplicación retroactiva del nuevo principio; y en segundo lugar traen a colación los litigantes institucionales, quienes pueden igualmente tener interés en provocar un cambio en la ley, que posteriormente beneficiará futuros litigantes, aunque el accionante no obtenga igual resultado en el caso *sub-lite* en el cual se manifiesta por primera vez la nueva regla.

Por su parte, las opiniones contrarias a esta posición también se sintieron dentro de la Corte misma: por ejemplo, los jueces Black y Douglass han repetidas veces manifestado su desacuerdo, ya que se incurre en una desigualdad de tratamiento de litigantes que se encuentran en una igualdad de situaciones. Sostienen que: "... a constitutional rule made retroactive in one case must be

Por último, la Corte reconociendo la creación de una injusticia y de una violación del principio de igualdad, lo considera como "*an insignificant cost for adherence to sound principles of decision-making*".<sup>26</sup> Es ante esta afirmación, que como remarcáramos, estallara la crítica tanto en la voz de la doctrina como de los mismos jueces disidentes de la Corte, por considerar intolerable la creación de una desigualdad de tratamiento, en relación a personas que se encuentran en igualdad de situación.

## B- EL NACIMIENTO DE DOS NUEVAS DOCTRINAS CONSTITUCIONALES

Es precisamente aquí donde se empieza a advertir que la Corte, haciendo uso del factor objetivo de la nueva norma, entra a considerar aspectos tales como la imparcialidad del proceso (*fairness of the trial*) y la integridad del procedimiento de búsqueda de las pruebas (*very integrity of the fact-finding process*). La determinación de la prospectividad, dependerá de en qué grado

---

*applied retroactively in all*". *United States v. Peltier* 422 U.S. 531, 543 (1975) voto disidente del juez Douglass; *United States v. Johnson* 457 U.S. 537, 545 (nº 9) (1982).

<sup>25</sup>- Igual consideración observamos en *Desist v. United States* 394 U.S. 244, 254 - 55 (nº 24) (1969). En dicha sentencia se establece que para el caso que una decisión declarativa de un nuevo principio fuera aplicada prospectivamente, se estaría en presencia de un *obiter dictum*. Así, se correría el riesgo de emitir una simple opinión declarativa (*advisory opinion*) sin valor jurídico ninguno, de acuerdo al artículo III de la Constitución federal.

<sup>26</sup>- *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293, 301 (1967).

dicha norma pretenda asegurar alguno de estos dos elementos traídos a colación por la misma Corte.<sup>27</sup>

Esta nueva forma de analizar el factor objetivo de la nueva norma (*purpose*), ha tenido diversidad de manifestaciones a lo largo de la evolución de la jurisprudencia. La Corte demuestra así, no limitarse a referir a estos dos elementos - que han resultado básicos para resolver el problema de la retroactividad durante un largo período de tiempo - bajo la forma mencionada

---

27- Ya en el caso *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618, 628 n° 13, 639 n° 20 (1965) la Corte hizo referencia a este tipo de análisis del factor de la integridad, para justificar su decisión de retroactividad en casos precedentes, referidos a nuevas normas de derecho penal, en virtud que su objetivo estaba dirigido "...to the fairness of the trial - the very integrity of the fact-finding process", utilizando las palabras de la Corte. Entre los casos más importantes donde se utiliza dicho criterio se observan: *Griffin v. Illinois* 351 U.S. 12, 18 (1956), en él se deniega una apelación por carencia de recursos constituyendo la misma "an integral part of the [State's] trial system for finally adjudicating the guilt or innocence of a defendant", por lo cual la Corte concluye que denegar la posibilidad de apelar por carencia de recursos, es equivalente a denegar a los pobres el derecho a un proceso justo. En *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963), donde se establece que el proceso no será confiable cuando una persona lega, sin importar su inteligencia, prosiga con el proceso a efectos de demostrar su inocencia. En *Jackson v. Denno* 378 U.S. 368 (1964), se estudian las bases de la medida procesal destinada a garantizar la determinación de la voluntariedad del crimen que se le imputa al procesado, a efectos que el jurado desatienda dicha prueba aun en caso de dudas respecto a la autoría del crimen.

Todos los casos mencionados por la Corte son previos a *Linkletter*, y como la misma no había discutido esta cuestión previamente a dicha sentencia, se puede aseverar que nunca antes había hecho uso del análisis del criterio del objetivo de la nueva norma, - al menos deliberada e intencionalmente - a efectos de justificar la retroactividad. Esta situación viene reconocida por parte de la Corte en esta sentencia en su nota N° 13. Paradojicamente, en forma posterior, dicho criterio ha pasado a ser el primero en ser utilizado como rector del *balancing test*.



precedentemente, sino que la misma elabora un sinnúmero de manifestaciones similares, tendientes a lograr los mismos objetivos. <sup>28</sup>

En definitiva, el hecho que la fraseología utilizada por la Corte haya variado innumerable cantidad de veces a lo largo de la evolución de su jurisprudencia, no es lo importante. La base de estas doctrinas constitucionales, apunta simplemente a determinar si una norma plantea serias dudas acerca de la

---

<sup>28</sup>. Ver *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719, 727-728 (1966) cuando haciendo una justificación del uso de la retroactividad en los casos *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963) y *Jackson v. Denno* 378 U.S. 368 (1964), la Corte establece que tal fue el resultado, en virtud que la nueva regla afectaba "the very integrity of the fact-finding process" y advertía "the clear danger of convicting the innocent".

Igualmente *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293, 297-298 (1967) donde la Corte, refiriéndose a la aplicación retroactiva de las normas referidas a la asistencia de un abogado, en las etapas en las cuales negar tal asistencia privaría al imputado de un proceso justo, citando al caso *Tehan v. Shott* 382 U.S. 406, 416 (1966) expresa: "the basic purpose of a trial is the determination of the truth.. and ... to deny a lawyer's help ... infect a criminal proceeding with the clear danger of convicting the innocent".

*Roberts v. Russell* 392 U.S. 293, 295 (1968) por su parte, si bien considerando que el efecto de la retroactividad de la sentencia al caso *Bruton v. United States* 391 U.S. 123 (1968) puede causar serios problemas sobre la administración de justicia, la misma se justifica, ya que "the constitutional error presents a serious risk that the issue of guilt or innocence may not have been reliably determined".

*Williams v. United States* 401 U.S. 646, 653 (1971), comparando dos situaciones afirma que: en primer lugar, cuando el objetivo de la nueva norma es superar aspectos del juicio penal, que dañan la función judicial de búsqueda de la verdad y así plantean serios cuestionamientos sobre la veracidad de los veredictos de culpabilidad en juicios pasados, la nueva norma siempre ha tenido efectos totalmente retroactivos. En segundo lugar, continúa con su razonamiento estableciendo que "it is quite different where the purpose of the new constitutional standard ... is not to minimize or avoid arbitrary or unreliable results but to serve other ends".

A efectos de observar ejemplos de casos en los cuales se expresan éstos principios en diversidad de formas, remitirse a *Williams v. United States* 401 U.S. 646, 653 n° 6 (1971).

confiabilidad de la sentencia, en cuyo caso, la nueva norma debe ser aplicada retroactivamente. Así, ante la presencia de una nueva norma de carácter constitucional tendente principalmente a desterrar del proceso, actitudes o condiciones que alteran o dañan sustancialmente la función de búsqueda de la verdad real en el mismo, provocando de esa forma, el nacimiento de dudas en relación a la objetividad y el respeto por la justicia de las sentencias de procesos pasados, la Corte generalmente ha reaccionado otorgando a la misma efectos retroactivos.<sup>29</sup> En realidad, la Corte con dicha actitud, entiende proteger y garantizar el mejor resultado posible del proceso, ello, evitando el admitir elementos probatorios viciados por algún error sea formal o procesal, así como de fondo como sería la introducción al proceso de una prueba falsa o inventada. Igualmente a través de la garantía de una asistencia legal, se trata de evitar cualquier error o equivocación aunque involuntaria en la que pueda incurrir el tribunal o el juez que debe dictar sentencia. En síntesis, trata de cubrir las posibles eventualidades que se puedan presentar en el proceso, y que viciarían la posibilidad de arribar a una sentencia justa. Prestando atención a estos elementos, que directa o indirectamente hacen al debido proceso legal, la Corte pretende minimizar el riesgo de errores en la administración de justicia.

---

<sup>29</sup>- Ver *Roberts v. Russell* 392 U.S. 293 (1963) otorgando efectos retroactivos a la sentencia *Bruton v. United States* 392 U.S. 293 (1968). *Mc Connell v. Rhay* 393 U.S. 2 (1968) aplicando retroactivamente *Mempa v. Rhay* 389 U.S. 128 (1968). *Arsenault v. Massachusetts* 393 U.S. 5 (1968) otorgando efectos retroactivos a *White v. Maryland* 373 U.S. 59 (1963). Igualmente *Williams v. United States* 401 U.S. 646,653 (1971) en el cual la Corte denegó efectos retroactivos a su sentencia en el caso *Chimel v. California* 395 U.S. 752 (1962), en virtud que la regla proclamada en dicho caso, destinada a restringir el alcance de las investigaciones permitidas con la finalidad de arresto, por no estar directamente destinada a asegurar la confiabilidad en la evidencia obtenida. En la decisión expresando la mayoría relativa de votos se establece: "Neither good-faith reliance by state or federal authorities on prior constitutional law are accepted practices nor severe impact on the administration of justice has sufficed to require prospective application in these circumstances."

Por lo tanto, este criterio comienza a ser deliberadamente utilizado por la Corte a partir del caso *Linkletter v. Walker*, y observa su desarrollo en casos posteriores. Desarrollo éste que provocará una disparidad de criterios entre algunas opiniones de la Corte. Así si bien en un primer momento resultó que la Corte generalmente hiciera aplicación retroactiva de las normas que tuvieran como objetivo fundamental proteger la integridad del proceso, posteriormente una vez emanada la sentencia al caso *Johnson v. New Jersey* <sup>30</sup>, la Corte cambiará de orientación, haciendo incapié en el interés de los Estados en ver un punto final a los procesos judiciales. <sup>31</sup> Basándose en dicho interés, sostiene que la preservación de la integridad del proceso es "*a matter of degree*" <sup>32</sup>, lo cual le permite nuevamente poder gozar de plena discrecionalidad en la determinación de la retroactividad. <sup>33</sup>

De esta forma vemos nuevamente el fracaso <sup>34</sup> de un nuevo criterio establecido por la Corte con la clara intención de dar lineamientos de carácter

---

<sup>30</sup>- *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719 (1966).

<sup>31</sup>- *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719 - 731 (1966).

<sup>32</sup>- *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719 - 729.

<sup>33</sup>. Así es que la Corte, a pesar de su presunción de retroactividad para los casos en que se encontrara implicada una norma tendente a preservar la integridad del proceso, ha hecho aplicación no retroactiva de diversas normas, utilizando este nuevo elemento introducido por el caso *Johnson*. Ver, *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719, 730 (1966); *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966); *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293, 298 (1967).

<sup>34</sup>. Para mayores detalles acerca del fracaso de la Corte en la utilización de estos criterios, Vid. P. HASLER, "*Retroactivity Rethought:...*", *op. cit.* (nº 15), pág. 7 a 14.

general, destinados a resolver el problema de la retroactividad y de la prospectividad de sus sentencias constitucionales.

### C- LA FORMACION DE CATEGORIAS DE CASOS. ABANDONO DEL *THREE PRONGED TEST* ?

La Corte, sin prestar atención a la aguda crítica expresada por el Juez Harlan <sup>35</sup> en su voto disidente en el caso *Desist v. United States* <sup>36</sup>, continúa regulando la retroactividad y la prospectividad de sus sentencias por este conjunto desordenado de principios. Durante el período siguiente, haciendo uso de uno u otro criterio de acuerdo a los intereses coyunturales de la Corte misma, sea provocar cambios y reformas de importancia en el ordenamiento jurídico vigente, sea corrigiendo errores precedentes, o simplemente limitando el efecto de sus sentencias considerando la sobrecarga que podría producirse sobre la administración de justicia para el caso de una aplicación retroactiva de un nuevo principio, la Corte hace gala de un poder de discrecionalidad casi absoluto, que se demuestra en su balancearse entre la sobrevaloración o desprecio de uno u otro factor de los integrantes del *three pronged test*.

A medida que la doctrina de la Corte produce su evolución y a efectos de limitar dicha discrecionalidad, la Corte por medio de dos de sus sentencias *Desist*

---

<sup>35</sup>- Ver *infra* (nº 17).

<sup>36</sup>- *Desist v. United States* 394 U.S. 244 (1969).

*v. United States* <sup>37</sup> y *Robinson v. Neil* <sup>38</sup>, reconoce tácitamente la continua vigencia del *three pronged test*, sólo que crea dos categorías de casos a los cuales dicho test no es susceptible de ser aplicado. Esta situación vendrá puesta en evidencia en el caso *Adams v. Illinois* <sup>39</sup>, por los jueces Douglas y Marshall, quienes sin dar grandes explicaciones, manifiestan su desacuerdo en aplicar el *balancing test*, y la necesidad de regular la retroactividad basándose fundamentalmente en la creación de categorías de casos, las cuales servirían a otorgar una solución rápida y equitativa.

La primera de esas dos categorías creadas por la Corte fue reconocida inicialmente en forma tácita por la misma <sup>40</sup>, y posteriormente en forma explícita en el caso *Desist v. United States* <sup>41</sup>, donde la Corte entra en consideración de la absoluta característica de novedad de la norma proclamada, lo cual implica que la misma rompa con la línea de precedentes trazada previamente (*clear break*). <sup>42</sup>

---

<sup>37</sup>- *Desist v. United States* 394 U.S. 244 (1969).

<sup>38</sup>- *Robinson v. Neil* 409 U.S. 505 (1973).

<sup>39</sup>- *Adams v. Illinois* 405 U.S. 278 (1972).

<sup>40</sup>- Véase que en la sentencia al caso *Linkletter v. Walker* 381 U.S. n° 619 (n°1) (1965) en el cual la Corte expresa: "Although *Mapp* may not be considered an overruling decision ... its effect certainly was to change existing law with regard to enforcement of the [ search and seizure provisions of the fourth amendment ]."

<sup>41</sup>- *Desist v. United States* 394 U.S. 244 (1969).

<sup>42</sup>- Así en el caso *Desist v. United States* 394 U.S. 244, 248 (1969) la Corte concluye en relación al principio trazado en la sentencia previamente dictada en el caso *Katz v. United States* 389 U.S. 347 (1967) que, "...however clearly our holding in *Katz* may have been foreshadowed, it was a clear break with the past, and we are thus compelled to decide whether its application should be limited to the future."

Así, la Corte inicia el análisis tratando de establecer si la norma que pretende ser aplicada, con la intención de resolver el caso concreto, implica efectivamente un distanciamiento de lineamientos pasados (*clear break with the past*). <sup>43</sup> Si así sucediera, continuará decidiendo acerca de la retroactividad o no de la norma, en atención de los tres factores del *three pronged test*. Si la sentencia no desatiende o cambia sustancialmente los precedentes, la Corte aplicará este principio retroactivamente sin atender al *balancing test*. <sup>44</sup>

Paralelamente, si la norma a ser aplicada es el resultado de un conjunto de principios ya existentes a una nueva situación fáctica, no existirá ningún problema en cuanto a la retroactividad, ya que sea la aplicación de dichos principios ya vigentes, o la aplicación retroactiva de esa teóricamente nueva norma, nos conducirán a un resultado idéntico en la práctica.

La segunda de las categorías a las que hiciéramos referencia, a la cual el *three pronged test* es igualmente inaplicable, incluye aquellos casos en los cuales la norma implicada se relaciona con la carencia por parte de una corte, de la autoridad de punir o condenar a un imputado. La Corte aplica retroactivamente en forma automática dicha norma, considerando que si una corte carece de

---

<sup>43</sup>- *Desist v. United States* 394 U.S. 244, 248 (1969).

<sup>44</sup>- Ver *Spinelli v. United States* 393 U.S. 410, 412 (1969); *United States v. Peltier* 422 U.S. 531, 544 (1975); *Dunaway v. New York* 442 U.S. 200, 206 (1979); *United States v. Johnson* 457 U.S. 537, 549 (1982).

jurisdicción para entender en ciertos casos, dichos procesos padecerán de un vicio de nulidad insanable desde su origen mismo.<sup>45</sup>

Notable nos resulta también, la opinión disidente emitida por el Juez Marshall en el caso *Michigan v. Payne*.<sup>46</sup> En él, Marshall pone de relieve que una explicación razonada de la jurisprudencia de la Corte en materia de retroactividad, lleva a la conclusión que la misma divide los casos en varias clases, y es esta clasificación y no los factores derivados de *Linkletter/Stovall*, quienes determinan esta cuestión. Se muestra abiertamente partidario del abandono del *three pronged test* por considerar que:

*" Our time would be better spent, I think, in attempting to delineate the basis for those classifications, and to derive them from some constitutional principles, rather than in "applying" a balancing test."*

Todo esto, a lo cual se suman las opiniones disidentes del Juez Harlan, nos demuestran que en este período, comienza a producirse una fractura que ciertamente no contribuye a dar una buena imagen institucional de este órgano supremo administrador de justicia. Por el contrario, esta situación de observar

---

<sup>45</sup>- Ver *Ashe v. Swenson* 397 U.S. 436, 437 (nº 1) (1970), donde la Corte aplica retroactivamente la regla consagrada por el caso *Benton v. Maryland* 395 U.S. 784 (1969) referida a la "double jeopardy"; *United States v. United States Coin & Currency* 401 U.S. 715, 724 (1971) donde refiere que efectivamente la Corte ha invalidado sentencias anteriores por inconsistentes, cuando por medio de una garantía constitucional inmunice la conducta del procesado de una pena, o sirva a evitar que el juicio se inicie, más que determinar reglas procesales que gobiernen el proceso en sí; *Moore v. Illinois* 408 U.S. 786 (1972) aplicando retroactivamente los principios de la octava enmienda constitucional, derivado de *Furman v. Georgia* 408 U.S. 238 (1972).

<sup>46</sup>- *Michigan v. Payne* 412 U.S. 47 (1973).

con asiduidad una pluralidad de opiniones contradictorias, o bien sentencias obtenidas por medio de mayorías relativas, crea incerteza y provoca la generación de un estado de confusión, confusión que intentará ser subsanada en el caso *United States v. Johnson* <sup>47</sup>.

## D- LA POSICION DEL JUEZ HARLAN

### 1- SU CRITICA

Llegados a este punto, debemos detenernos a analizar la opinión de uno de los más agudos críticos de la doctrina de la Corte en materia de retroactividad. El mismo comenzará sus manifestaciones en el caso *Desist v. United States* <sup>48</sup>, y a partir de aquel momento insistirá en la necesidad de cambiar la óptica en materia de retroactividad. <sup>49</sup> Dicha crítica será parcialmente apreciada por la Corte posteriormente en el caso *United States v. Johnson* <sup>50</sup>, y aun progresivamente en el caso *Griffith v. Kentucky* <sup>51</sup> y en el caso *Teague v. Lane* <sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup>- *United States v. Johnson* 457 U.S. 537 (1982).

<sup>48</sup>- *Desist v. United States* 394 U.S. 244 (1969).

<sup>49</sup>- Ver *Mackey v. United States* 401 U.S. 667 (1971).

<sup>50</sup>- *United States v. Johnson* 457 U.S. 537 (1982).

<sup>51</sup>- *Griffith v. Kentucky* 479 U.S. 314 (1987).

<sup>52</sup>- *Teague v. Lane* 109 S. Ct. 1060 (1989).



En *Desist v. United States*, Harlan, en el inicio de su disidencia evalúa el período de cuatro años sucesivos a la sentencia al caso *Linkletter v. Walker*, y básicamente expresa que la pluralidad de normas surgidas a efectos de regular la limitación temporal de las sentencias, ha sido extremadamente variado.<sup>53</sup> Esta pléyade de normas, algunas de las cuales contaron con su apoyo, en un corto período de tiempo han llegado a ser incompatibles e inconsistentes, por lo cual Harlan insiste en que esta situación debe ser cambiada: "*I can no longer, however, remain content with the doctrinal confusion that has characterized our efforts to apply the basic Linkletter principle. Retroactivity must be rethought.*".<sup>54</sup>

---

53- Se ha sostenido que:

1- las nuevas normas eran de aplicación a aquellos casos sujetos a apelación directa (*direct review*), *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965);

2- otras normas serán sólo aplicables a procesos aún no iniciados, *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719 (1966);

3- otras son operativas solamente para aquellos casos en los cuales la evidencia cuestionada, no haya sido introducida, *Fuller v. Alaska* 393 U.S. 80 (1968);

4- y otras, solamente a las partes del juicio en el cual se proclaman el nuevo principio jurídico, y a todos los casos futuros en los cuales no haya ocurrido la conducta oficial prohibida por la nueva norma, *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293 (1967).

Por su parte, repetidas veces se ha sostenido que:

5- nuevas normas que afecten el procedimiento de búsqueda y colección de pruebas (*fact-finding process*) deben ser aplicadas retroactivamente, *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965); e igualmente,

6- una nueva norma será de aplicación retroactiva cuando haya sido claramente anunciada precedentemente, *Berger v. California* 393 U.S. 314 (1969).

Clasificación realizada en *Desist v. United States* 394 U.S. n° 257 (1969).

54- *Desist v. United States* 394 U.S. n° 258, subrayado nuestro.

Fundamentalmente, el juez Harlan basa su crítica en la facultad arrogada por la Corte de denegar aplicación retroactiva a los nuevos principios jurídicos creados pretoriamente, a casos pendientes ante ella en apelación directa (*direct review*). El mismo, propone una distinción entre aquellos casos en apelación directa (*direct review*) y aquellos que aun con sentencia definitiva, acceden a la Corte por medio de una acción colateral (*collateral attack*), como por ejemplo el *habeas corpus*.<sup>55</sup>

En punto a ello, analizando el caso *Mackey v. United States* en su voto disidente<sup>56</sup>, sostiene que la Corte hasta el momento ha actuado con absoluta libertad, haciendo total o parcialmente retroactivas, o simplemente prospectivas sus nuevas normas constitucionales. Esto se aproxima más a una función legislativa que judicial. Aun cuando no adhiere a la teoría de Blackstone por la cual la ley debe ser tomada como habiendo tenido siempre el significado otorgado en el momento posterior, cree que la determinación de si una nueva norma debe operar retroactivamente o simplemente en forma prospectiva, es una cosa a ser resuelta y determinada a través de los principios rectores de la actividad judicial, y no por medio de consideraciones que son más apropiadas para un órgano legislativo.<sup>57</sup> Así, determina su desacuerdo con el uso de los tres factores derivados de los casos *Linkletter* y *Stovall*.

---

55. "I have concluded that *Linkletter* was right in insisting that all "new" rules of constitutional law must at minimum be applied to all those cases which still subject to direct review by this Court at the time the "new" decision is handed down." *Desist v. United States* n° 258 opinión disidente del juez Harlan.

56. *Mackey v. United States* 401 U.S. 667, n° 677 (1971), voto disidente del juez Harlan.

57. *Mackey v. United States* en su n° 677 - 78 (1971), voto disidente del juez Harlan.

Sostiene que es valorable el análisis que la Corte realiza de factores tales como la naturaleza y los objetivos de la nueva norma, así, se da aplicación concreta a los principios constitucionales que gobiernan el procedimiento, por medio del cual los Gobiernos estatales y federales aplican sus derechos criminales. Por lo tanto, la pronunciación de nuevas normas constitucionales sólo es una función judicial, en tanto y en cuanto esta norma sea necesaria para resolver los casos en los cuales la corte posee jurisdicción, y a efectos de aplicar la Constitución como modelo de las normas derivadas de ella. Por todo ello concluye que, tomar un solo caso y usarlo como vehículo para enunciar nuevos principios constitucionales, y luego privar de la aplicación de dicha norma a un sinnúmero de otros casos igualmente situados, implica apartarse del modelo tradicional del control de constitucionalidad trazado por el juez Marshall. <sup>58</sup>

Para Harlan, el poder de la Corte de no aplicar el derecho vigente a casos que no han recorrido todo el camino de la apelación, significa que la función de la Corte es legislar. Para evitar dicho resultado, es necesario aplicar a todos los casos que se presenten a la Corte en apelación directa (*direct review*) la ley como ella se presenta al momento de dictar sentencia, y no como era en un tiempo. <sup>59</sup>

En ambas sentencias, las cuales Harlan ha utilizado como medios para transmitir su posición, reconoce que si bien analizar el aspecto bajo el punto de vista de la apelación en vía directa y haber llegado a una conclusión no ha

---

<sup>58</sup> - *Mackey v. United States* en su n° 679 - 80 (1971), voto disidente del juez Harlan.

<sup>59</sup> - *Mackey v. United States* en su n° 680 (1971), voto disidente del juez Harlan.

resultado tan complicado, bajo la óptica de las apelaciones indirectas o colaterales como el *habeas corpus*, no es una tarea tan simple.<sup>60</sup>

La decisión en relación a la aplicación de las sentencias de la Corte a los casos que acceden a la misma por la vía del *habeas corpus*, debe tomarse considerando la naturaleza, la función, y el objetivo del proceso judicial en el cual se plantea dicha cuestión. Lo importante no es el objetivo de la nueva norma, sino, la finalidad con la cual el *habeas corpus* se ha puesto a disposición de los litigantes.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup>. Ver *Desist v. United States* en su n° 260 (1969) y *Mackey v. United States* en su n° 682 (1971), ambos referidos a la disidencia del juez Harlan.

La materia de la retroactividad en relación al *collateral attack* estuvo regida por el principio trazado en el caso *Brown v. Allen* 344 U.S. 443 (1953), en el cual quedaba establecido que las cortes federales no considerarían el mérito de una cuestión, si la persona que interpone el *habeas corpus*, ha tenido una oportunidad previa de interponer sus defensas en el procedimiento original. Por lo tanto, sólo se entraría a considerar la cuestión, si el actor hubiera expuesto sus argumentos en relación a una nueva norma constitucional, tanto en el procedimiento original como en apelación. Ver *Sunal v. Large* 332 U.S. 174 (1974). Por su parte, la excepción a dicho principio se operaría, si el actor atacara la constitucionalidad de una ley estatal o federal en virtud de la cual hubiera sido condenado.

El problema surge con el caso *Fay v. Noia* 372 U.S. 391 (1963), en el cual Harlan disintió, por medio del cual queda establecido que, el recurrente en *habeas corpus* podría atacar en algunas instancias la sentencia de condena por medio de una acción colateral (*collateral attack*), aunque en el proceso original no se hubiese hecho ni siquiera referencia a la nueva norma. Así, se permitió a un gran número de litigantes reabrir sus causas en virtud de éste principio.

Ver *Desist v. United States* 394 U.S. N° 261 (1969), disidencia del juez Harlan.

<sup>61</sup>. *Mackey v. United States* en su n° 682 (1971), opinión disidente del juez Harlan.

Así destaca dos funciones primordiales del *habeas corpus*. En primer lugar, está destinado a determinar la existencia de cualquier defecto constitucional en un proceso criminal, en el cual el imputado permanezca en custodia en virtud de la sentencia dictada en dicho proceso, a menos que, el error cometido fuera deliberadamente ignorado por las partes, o bien que constituya un mero error sin consecuencias dañosas.<sup>62</sup> En segundo lugar, actúa como un incentivo adicional para que las cortes inferiores conduzcan sus procesos de acuerdo a la normativa constitucional.<sup>63</sup>

En ninguno de los dos casos cree que sea necesaria la operatividad retroactiva de las sentencias de la Corte, ya que la Constitución no exige que la misma aplique la nueva ley existente, a efectos de determinar si un individuo se encuentra bajo custodia en violación de algún precepto de raigambre constitucional. La aplicación de la ley vigente al momento de resolver el *habeas corpus* no es la solución correcta, sino que se debe aplicar la ley existente al momento que la sentencia ahora recurrida por medio del *habeas corpus* se convirtió en final.<sup>64</sup>

Por último, considera que existe un valor superior al interés individual y estatal en esta materia, es el valor social de dar un punto final a los procesos criminales, y no dejar siempre una puerta abierta a efectos de permitir al imputado litigar indefinidamente, sin encontrar una solución al problema

---

<sup>62</sup>- Ver *Desist* n° 262; y *Mackey* n° 685 - 86; ambas referencias a las disidencias del juez Harlan.

<sup>63</sup>- Ver *Desist* n° 262 - 63; y *Mackey* n° 687; disidencias del juez Harlan.

<sup>64</sup>- *Mackey* en sus n° 686 - 87 - 88 - 89; disidencia de Harlan.

planteado ante la Corte. <sup>65</sup> Por ello considera, que salvo algunas pocas excepciones al principio general <sup>66</sup> los recurrentes en *habeas corpus*, no deben gozar del beneficio de la retroactividad de la nueva norma. <sup>67</sup>

---

<sup>65</sup>- *Mackey* en su n° 690 - 91.

<sup>66</sup>- Estas excepciones se configurarían ante casos que reúnan las siguientes características:

1- Hagan referencia a una nueva norma sustantiva de debido proceso legal, por medio de la cual la conducta privada individual quedara al margen de la legislación criminal, por no poder ésta última controlarla o prohibirla. Sería el caso de encontrarse erróneamente tipificada como criminal una acción que pertenece a la esfera personal de un individuo, y que se encuentra fuera del ámbito legislativo. En este caso, si dicha norma existiera, ante su declaración de ilegitimidad constitucional, ésta última tendrá efectos retroactivos aun en contra del principio general de la prospectividad en los recursos de *habeas corpus*.

2- Estén implicadas normas procesales que se encuentran incluídas en el principio denominado de "*ordered liberty*", descriptas en el caso *Palko v. Connecticut* 302 U.S. 319 (1937). Esta excepción incluye la declaración de inconstitucionalidad referida a normas relacionadas con el debido proceso legal, libertad de pensamiento y expresión de ideas, y todo "*principle of justice so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental.*" En este caso también ante la declaración de ilegitimidad constitucional de una norma integrante de dichos principios, tendrá efectos retroactivos aun en contra de la presunción en favor de la prospectividad, que reina en los casos de apelantes en *collateral attack*.

3- Deja abierta la posibilidad de trazar nuevas excepciones, referidas a normas a ser tenidas en cuenta para ser aplicadas por medio de un recurso de *habeas corpus*; pero las mismas no quedan demarcadas claramente todavía, ellas deberán ser especificadas no considerando el test que clarifica si se trata de normas protectivas del proceso de búsqueda de la verdad, sino más bien, haciendo uso de los criterios utilizados en *Palko v. Connecticut* 302 U.S. 319 (1937).

<sup>67</sup>- *Mackey* en su N° 688.

## 2- PROPUESTA CONCRETA

Dentro de la crítica del juez Harlan, encontramos que el mismo ha elaborado una serie de consecuencias negativas, derivadas de la aplicación de la doctrina de la prospectividad por parte de la Corte. La primera de ellas, ya adelantada previamente, se configuraría ya que, aplicando irretroactivamente una nueva norma, se trata desigualmente litigantes que se encuentran en igualdad de situaciones.<sup>68</sup> Por su parte, una aplicación irretroactiva o simplemente prospectiva de la nueva norma, deja a la Corte una amplia libertad en la materia, con lo cual no estaríamos en presencia del ejercicio de un poder discrecional limitado, sino que se incurre en un excesivo activismo judicial.<sup>69</sup>

Paralelamente, esta doctrina de la irretroactividad incurre en el error de limitar a las cortes inferiores a ejercer un papel de autómatas, incentivando las mismas a aceptar las normas como les vienen impuestas por la Corte Suprema, en vez de ser ellas también las realizadoras de cambios necesarios en el derecho vigente.<sup>70</sup> Las cortes inferiores estarían siempre temerosas de operar cambios en el derecho, ante la posibilidad que la Corte Suprema revierta su decisión declarando que la operatividad de la nueva norma no será retroactiva. Si bien es cierto que las cortes inferiores están tan facultadas

---

<sup>68</sup>- Ver Mackey n° 681.

<sup>69</sup>- Mackey n° 680. Harlan sostiene que este excesivo activismo de la Corte "... tends to cut this Court loose from the force of precedent, allowing us to restructure artificially those expectations legitimately created by extant law and thereby mitigate the practical force of stare decisis."

<sup>70</sup>- Mackey n° 680.

como la Corte Suprema, tanto para desaplicar una norma como para considerarla inconstitucional, así como también para determinar la extensión temporal de los efectos de su pronunciamiento, es siempre la segunda la que posee la última palabra. De esta forma, las corte inferiores ante la determinación de una eficacia retroactiva de una sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de una norma, si viene adoptada apartándose aunque ligeramente del criterio discrecionalmente instituido por la Suprema Corte, vendría revocada. Es por ello, que las cortes se verán inducidas al facilismo de aceptar a ojos cerrados los criterios rectores de la Suprema Corte como les vienen impuestos, a efectos de no verse desautorizadas en el ejercicio de su función, por medio de una intervención posterior de ésta última.

Por último, estima que dicha doctrina ha derivado en una deformación del criterio original establecido en el caso *Linkletter*, dando como consecuencia un conjunto de principios contradictorios e incoherentes entre sí. <sup>71</sup>

Fundamentalmente, la propuesta de este juez para desterrar definitivamente estos defectos de la doctrina de la retroactividad, es centrar la atención en la función judicial, a efectos de derivar un único principio que regule la limitación temporal de las sentencias de la Corte. Dicha máxima debe implicar la aplicación de las normas de derecho constitucional, a todas las sentencias aún no finales al momento de la proclamación del nuevo principio jurídico. <sup>72</sup> En punto a los casos provenientes por vía de *habeas corpus* o apelación indirecta

---

<sup>71</sup>- *Mackey* n° 676.

<sup>72</sup>- *Mackey* n° 258.



(*collateral attack*), en principio las nuevas normas no les serán aplicables, y este principio sólo se verá limitado por pocas excepciones a la regla general.<sup>73</sup>

#### E- UNITED STATES V. PELTIER. EL NACIMIENTO DE UNA NUEVA CONCEPCION

La Corte no asumirá en forma inmediata la solución propuesta por el Juez Harlan, por el contrario, el estado de confusión reinante en la materia se vió agudizado por la sentencia dictada en el caso *United States v. Peltier*.<sup>74</sup>

En este fallo la Corte se aparta del análisis tradicional realizado hasta ese momento. A partir de aquí, dejará totalmente marginada la determinación inicial de la existencia de una fractura con los lineamientos jurisprudenciales

---

<sup>73</sup>- Ver *supra* (nº 66).

<sup>74</sup>- *United States v. Peltier* 422 U.S. 531 (1975).

El imputado fue condenado en la Corte de Distrito de los Estados Unidos por el Distrito Sur de California, luego que la misma le denegara la supresión de evidencia sustraída de su auto por una patrulla de frontera, cuando el mismo se encontraba más allá de 70 millas de la frontera mejicana. Durante la apelación de dicha sentencia, la Corte Suprema anunció su decisión en relación al caso *Almeida-Sanchez v. United States* 413 U.S. 266 estableciendo que, toda inspección no autorizada oficialmente realizada en un auto conducido a veinticinco millas de la frontera mejicana, por agentes de frontera sin una causa probable, es inconstitucional por contraria a la cuarta enmienda constitucional. Ante esta situación, la Corte de Apelación hace beneficiario de la nueva norma al imputado y revierte la sentencia. La Suprema Corte, sostiene que este nuevo principio no debe ser aplicable a las revisiones llevadas a cabo previamente al anuncio de *Almeida-Sanchez*, y como consecuencia niega al imputado el beneficio de esta regla.

desarrollados precedentemente (*clear break*), y se concentrará fundamentalmente en los objetivos de la nueva norma <sup>75</sup>, a efectos de tomar su decisión en relación a la limitación temporal de sus sentencias. <sup>76</sup>

Así, a pesar que la misma Corte en diversas oportunidades <sup>77</sup> había sostenido que la retroactividad o la irretroactividad de una norma dada, no debía determinarse automaticamente en virtud de la disposición constitucional en la que se basara, por medio de este caso, encuentra que existe una seria presunción a favor de la irretroactividad por parte suya en los casos relacionados con la

---

<sup>75</sup>- *United States v. Peltier* 422 U.S. 531, 539 (1975).

<sup>76</sup>- Si bien la Corte no repudia el *clear break* explícitamente, dicha posición se advierte analizando la opinión de la Corte inferior y contrastándola con la de la Corte Suprema.

Así, en el voto mayoritario de la Corte de Apelación se establecía, que el caso *Almeida-Sanchez* reafirmaba las pautas derivadas de la cuarta enmienda constitucional no contradiciendo la práctica habitual, *Peltier v. United States* 500 F2d 985, 988 (9th. Cir. 1974), y que la aplicación a este caso particular de la norma, no se atribuía en virtud de una aplicación retroactiva, sino basada en la articulación de principios derivados de la Corte Suprema en relación a las disposiciones de la cuarta enmienda constitucional. *Idem* n° 991. Por su parte, el voto disidente, encontrando en *Almeida-Sanchez* la creación de una nueva norma y haciendo aplicación del *three pronged test*, manifestó que el mismo debería tener aplicación irretroactiva. ( Disidencia del Juez Wallace en *Peltier v. United States* 500 F2d. N° 991.).

En su momento, la Corte Suprema, analizando la opinión de la Corte inferior observa que la opinión mayoritaria y la disidencia - aunque llegando a idénticos resultados - habían utilizado razonamientos diferentes, pero no adhiere a la opinión de la disidencia a efectos de revertir la sentencia, sino que, sin analizar la existencia del *clear break*, afirma que "*the policies underlying the [exclusionary] rule do not justify its retrospective operation.*" *United States v. Peltier* 422 U.S. 534 - 35 (1975). Julie O'Sullivan, "*United States v. Johnson: Reformulating the retroactivity doctrine*", en *Cornell Law Review* 1983-1984, Vol. 69.

<sup>77</sup>- *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719, 728 (1966); *Tehan v. Shott* 382 U.S. 406, 410 (1966).

Cuarta Enmienda constitucional. Esta afirmación se ve apuntocada en la conclusión de la Corte en este caso cuando afirma:

*"The teaching of these retroactivity cases [Linkletter v. Walker ... and Fuller v. Alaska..] is that if the law enforcement officers reasonably believed in good faith that evidence they had seized was admissible at trial, the "imperative of judicial integrity" is not offended by the introduction into evidence of that material.".* <sup>78</sup>

De esta forma, la Corte niega la aplicación retroactiva de nuevas normas constitucionales vinculadas con la Cuarta Enmienda constitucional, que tengan como objetivo la supresión de evidencias obtenidas por medio de procedimientos ilegales, a menos que el oficial que las llevó a cabo, tuviera pleno conocimiento que su actitud era violativa de dicha enmienda. De esta forma, la novedad de una norma referida a la Cuarta Enmienda constitucional - que originalmente era el centro del análisis del test determinativo de una fractura con el pasado -, pasa a ser una parte integrante de la determinación de la culpabilidad, o del conocimiento del oficial público portador de la prueba al juicio, de que su actitud era ilegal.

La conclusión que arroja el presente caso, es la marginación del test destinado a determinar la existencia o no de una desviación de los precedentes (*clear break*), y la manifestación de la presunción existente por parte de la Corte, a favor de la irretroactividad de nuevas normas basadas en las disposiciones de la Cuarta Enmienda constitucional.

---

<sup>78</sup>- *United States v. Peltier* 422 U.S. nº 537 (1975).

## F- EL CASO *UNITED STATES V. JOHNSON*

### 1- EL ABANDONO DEL *THREE PRONGED TEST*

Por medio de estas marchas y retrocesos en la opinión de la Corte, y con esta serie desconectada y confusa de principios reguladores de la retroactividad y de la prospectividad, la jurisprudencia sigue desarrollándose durante los años siguientes. El nuevo hito vendrá demarcado por la sentencia al caso *United States v. Johnson* <sup>79</sup>, en el cual la Corte decide replantear en forma general la teoría de la limitación temporal de sus sentencias.

Por medio de esta sentencia, la Corte renueva la problemática de la retroactividad para las disposiciones relativas a la Cuarta Enmienda Constitucional, y adopta una posición diversa de aquella asumida en el caso

---

<sup>79</sup>- *United States v. Johnson* 457 U.S. 537 (1982).

Agentes del Servicio Secreto de los Estados Unidos arrestaron el imputado como sospechoso, en su casa, y sin un mandato de arresto. Previo al proceso, el imputado intenta suprimir sus declaraciones oral y escrita, por considerarlas fruto de un arresto ilegal, desprovisto de una causa probable. El imputado fue condenado tanto en la Corte de Distrito, como en la Corte de Apelaciones. Cuando la petición del imputado para ser re-escuchado se encontraba pendiente ante la Corte de Apelaciones, la Suprema Corte resuelve el caso *Payton v. New York* 445 U.S. 573 (1980) en el cual se establece que la Cuarta Enmienda constitucional, prohíbe a la policía entrar en casa de sospechosos para hacer un arresto de rutina, si dicha entrada pretende ser llevada a cabo sin orden judicial y no es autorizada por el sospechoso. Ante ello, la Corte de Apelación, aplicando retroactivamente *Payton* revirtió el fallo previo.

La Corte Suprema en *certiorari*, afirma este segundo fallo de la Corte de Apelación.

*United States v. Peltier* <sup>80</sup>, que se aproxima parcialmente a la solución propuesta por el Juez Harlan. Así, en este caso, la Corte consiente la aplicación retroactiva del caso *Payton v. New York* <sup>81</sup> a todas las sentencias aún no finales al momento de su resolución, incluyendo entre ellas el caso *United States v. Johnson*.

La Corte ha focalizado su análisis en la norma emanada del caso *Linkletter v. Walker*, estableciendo que toda nueva norma constitucional de derecho procesal criminal sería aplicada retroactivamente, como mínimo, a todos los casos que aún no posean sentencia final al momento de la proclamación de la nueva norma de que se trate. <sup>82</sup> Esta es la reacción teóricamente más correcta,

---

<sup>80</sup>. *United States v. Peltier* 422 U.S. 531 (1975).

<sup>81</sup>. *Payton v. New York* 445 U.S. 573 (1980).

Este caso cambia la constitucionalidad de leyes del Estado de New York, permisivas de arrestos domiciliarios sin mandato judicial y haciendo uso de la fuerza si fuere necesario. La Corte establece que: "*The Fourth Amendment, made applicable to the States by the Fourteenth Amendment, prohibits the police from making a warrantless and nonconsensual entry into suspect's home in order to make a routine felony arrest.*"

<sup>82</sup>. Por su parte, como destaca la Corte, esta es la postura asumida en diversas oportunidades por opiniones disidentes durante el período corriente entre la sentencia *Linkletter* y la presente. Ver, *Linkletter v. Walker* 381 U.S. n° 640 (1965) opinión disidente de Black y Douglas; *Tehan v. United States* 382 U.S. n° 419 (1966) disidencia Black y Douglas; *Stovall v. Denno* 388 U.S. 293, 302 (1967) voto disidente de Black; *Fuller v. Alaska* 393 U.S. 80, 82 (1968) disidencia de Douglas; *Jenkins v. Delaware* 395 U.S. 213, 222 (1969) Harlan en disidencia; *Coleman V. Alabama* 399 U.S. 1, 19 (1970) Harlan concurre en parte y disiente en parte; *Mackey v United States* 401 U.S. 667, 675 (1971) opinión separada de Harlan; *Adams v. Illinois* 405 U.S. 278, 286 (1972) Douglas y Marshall disienten; *Michigan v. Payne* 412 U.S. 47, 58 (1973) disidencia Douglas; *Michigan v. Tucker* 417 U.S. 433, 461 (1974) disidencia de Douglas; *United States v. Peltier* 422 U.S. 531, 543 (1975) disidencia de Douglas; *Hankerson v. North Carolina* 432 U.S. 233, 245 (1977) Marshall y Powell concurriendo en el fallo; *Harlin v. Missouri* 439 U.S. 459, 460 (1979) Powell concurriendo en la sentencia; *Brown v. Louisiana* 447 U.S. 323, 337 (1980) Powell y Stevens concurriendo en la sentencia final.

desde que los jueces al momento de dictar sentencia, deben fundarse sobre las bases propuestas por el derecho vigente. Si una norma ha sido declarada inconstitucional y como consecuencia desaplicada por contradictoria con la norma fundamental, no es ella la que debe resolver el caso sub-lite, sino, las normas nuevas, o bien la resultante del entrelazado de principios jurídicos reinantes.

Básicamente la Corte propone a través de la revisión de su propia jurisprudencia en esta materia, la creación de tres categorías de casos que han sido resueltos no en base al *three pronged test*, sino más bien por medio de la determinación de cuestiones consideradas previamente. En primer lugar, se encuentra la clase de procesos en los cuales se hace simple aplicación de principios ya establecidos previamente por la Corte, a una situación fáctica diferente. Aquí, no se plantea el problema de la retroactividad, ya que al no existir un cambio sustancial en la ley, la norma a ser aplicada a casos pasados como futuros es la misma, la establecida en la última sentencia dictada en esa área.<sup>83</sup> Luego, la Corte ha hecho aplicación retroactiva de normas que establezcan la falta de jurisdicción de una corte, para resolver el caso que se le plantea<sup>84</sup>; o bien que se trate de una norma destinada a evitar que el proceso se inicie.<sup>85</sup> Por último, y contrariamente a la primera de las categorías

---

Para mayores detalles ver *United States v. Johnson* 457 U.S. N° 545 (n° 9) (1980).

<sup>83</sup>- *United States v. Johnson* 457 U.S. N° 549 (1982).

Ver *Desist v. United States* 394 U.S. 263 (1969); *Spinelli v. United States* 393 U.S. 410 (1969); *Dunaway v. New York* 442 U.S. 200 (1979).

<sup>84</sup>- Ver *United States v. United States Coin & Currency* 401 U.S. 715 (1971).

<sup>85</sup>- Ver *Robinson v. Neil* 409 U.S. N° 509 (1973).

mencionadas, cuando la Corte descubre que se está declarando un nuevo principio jurídico que implica un alejamiento de los criterios hasta ese momento utilizados (*clear break*), casi invariablemente ha hecho una aplicación irretroactiva de dicho principio considerado nuevo.<sup>86</sup> Así que, una vez que la Corte establecía que este nuevo principio no había sido previamente anticipado por su jurisprudencia previa, en general tanto el factor confianza en la norma previa, como el factor efectos sobre la administración de justicia, han invariablemente confluído en la aplicación irretroactiva de dicho principio de derecho.<sup>87</sup>

De esta forma, esta última categoría permanecería abierta, y la cuestión debería ser resuelta observando si se produce una desatención de los precedentes vigentes (*clear break*). Si así sucediera, en ese caso se presentaría una excepción, que impediría aplicar retroactivamente la norma, tanto a casos sea en apelación directa que indirecta, si: 1- la nueva norma se aparta totalmente de los precedentes vigentes; 2- si la nueva norma desaprobaba una conducta o práctica tolerada por la Corte hasta ese momento; o 3- si el nuevo principio revierte o cambia una práctica o conducta largamente aprobada por un grupo casi unánime de cortes inferiores.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup>- *United States v. Johnson* en su N° 549.

Ver *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965); *Tehan v. United States* 382 U.S. 406 (1966); *Fuller v. Alaska* 393 U.S. 80 (1968); *Desist v. United States* 394 U.S. 244 (1969); *Williams v. United States* 401 U.S. 646 (1971); *Daniel v. Louisiana* 420 U.S. 31 (1975).

<sup>87</sup>- *United States v. Johnson* en su N° 549 - 550 (1982).

Ver *Michigan v. Payne* 412 U.S. N° 55 - 57 (1966); *Gosa v. Mayden* 413 U.S. N° 672 - 73, 682 - 85 (1974).

<sup>88</sup>- *United States v. Johnson* en su N° 551 (1982).

Todos los casos que se adapten a una de estas tres categorías, estarán condicionados en sus resultados por los precedentes existentes en materia de retroactividad. De esta forma, para la determinación de la limitación temporal de las sentencias, el *three pronged test* deja de ser aplicable a estas tres clases de casos.<sup>89</sup> Así, si bien en ningún momento la Corte reconoce expresamente su alejamiento de los lineamientos del caso *Peltier*, dicho distanciamiento resulta evidente y se ve confirmado, cuando la Corte expresamente rechaza un análisis subjetivo sobre el conocimiento de la constitucionalidad o no, por parte del agente de las fuerzas públicas, del acto que éste como agente público está realizando.<sup>90</sup>

Estos principios trazados en *Johnson*, aun implicando una revisión general del tema de la limitación temporal de las sentencias de la Corte, padece de claras limitaciones. En primer lugar no son susceptibles de ser aplicados en áreas externas a la Cuarta Enmienda constitucional, ni a apelaciones realizadas en forma colateral (*collateral attack*).<sup>91</sup> En segundo lugar, dicha sentencia no será aplicable a casos civiles. Esta rama del derecho continuará gobernada por el *three pronged test*, de acuerdo al razonamiento trazado en el caso *Chevron oil Co. v. Huson* 404 U.S. 97 (1971)<sup>92</sup>, de acuerdo al cual una vez que la Corte determina que está en presencia de un nuevo principio jurídico, proseguirá analizando la

---

<sup>89</sup>- *United States v. Johnson* en su N° 548 (1982).

<sup>90</sup>- *United States v. Johnson* en su N° 559 - 60 (1982).

<sup>91</sup>- *United States v. Johnson* en su N° 562 (1982).

<sup>92</sup>- *United States v. Johnson* en su N° 550 (n° 12) (1982).



historia, objetivos y efectos de dicha norma, así como la posibilidad de crear una desigualdad por medio de la aplicación retroactiva de la misma.<sup>93</sup>

## 2- ES JOHNSON LA SOLUCION CORRECTA ?

Si bien este caso ha provocado un temblor dentro de la problemática de la limitación temporal de las sentencias de la Corte, no podemos concluir que el mismo haya contribuido totalmente al reacomodamiento del problema, por medio de la creación de un principio único que regule la materia. Uno de los defectos fundamentales de la tentada reestructuración de la teoría sobre la retroactividad, es pretender absorber y asumir como propia una doctrina como la de Harlan, que para que produzca efectos positivos no puede ser despedazada, sino tal vez, debe ser completada en los pequeños detalles.

Así, la categorización llevada a cabo por la Corte, demuestra que la misma no adhiere totalmente a la doctrina expuesta por el juez Harlan. Probablemente en esta sentencia se advierta la intención positiva de la Corte de remediar errores e injusticias pasadas, cometidas por la aplicación de principios desconectados de un tronco central que les diera una base suficientemente fuerte para coordinarlos. Pero es esa misma buena intención que guía la Corte, la que al mismo tiempo no le permite ver con claridad su objetivo primordial: la elaboración de un único principio general que ponga un punto final al problema del que nos estamos ocupando.

---

<sup>93</sup>. Ver igualmente *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.* 392 U.S. 481 (1968).

Por otra parte, la Corte sostiene con convicción, que otorgar fuerza retroactiva a una norma y aplicarla a todos los casos que accedan a ella, contribuye a paliar las desigualdades existentes previamente.<sup>94</sup> Por el contrario ello no es así, desde que la Corte, crea especialmente una categoría dentro de la cual se incluirían los casos que proclaman un principio innovativo, clase de casos en la cual, sólo se reconocerá operatividad irretroactiva para dicha nueva norma. De esta forma, la Corte mantiene la diferenciación entre recurrentes en vía directa (*direct appeal*), y recurrentes en vía colateral (*collateral attack - habeas corpus*), sin justificar razonadamente el por qué de dicha desigualdad de tratamiento.<sup>95</sup>

Ante esta situación, la Corte debe justificar dicha diferenciación de tratamiento. Si así no lo hiciera, tiene dos posibilidades, o rever totalmente y modificar los principios rectores de la retroactividad, o bien continuar soportando las críticas que se le plantean en virtud de la desigualdad de tratamiento de litigantes igualmente situados. Con todo, podemos aseverar que la Corte, por medio de la solución otorgada a este caso, inicia lentamente el camino hacia una solución.

---

<sup>94</sup>- *United States v. Johnson* en su N° 555 (1982).

<sup>95</sup>- En realidad ésta es una de las características más sobresalientes del sistema americano. Fundamentalmente se busca la correcta administración de justicia, inclusive si para ello se hace necesario revisar casos ya definitivamente concluidos. Contrariamente en los sistemas europeos, por ejemplo en el sistema español, observamos que de acuerdo a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se niega absolutamente la posibilidad de revisar procesos ya fenecidos. Ver artículo 40.1 L.O.T.C.: "Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos ya fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales..."

Por último, otro detalle a ser destacado, es que en este caso, se abandona el *three pronged test* y comienza a darse mayor importancia al factor de la novedad de la norma editada en una determinada sentencia. Estos dos elementos, contribuyen a un acercamiento de tratamiento de la retroactividad y prospectividad entre los casos del área civil y aquellos del área penal. A pesar que la Corte sostenga todavía la vigencia de los principios delineados en el caso *Chevron Oil Co.* <sup>96</sup>, como rectores de esta materia en el área civil, la sentencia al caso *Johnson* implica una aproximación de unos a otros, siendo el punto común de análisis la característica de novedad de una norma creada por medio de una sentencia judicial, y el abandono de los tres factores integrantes del *three pronged test*: objetivos, confianza en la norma previa y efectos sobre la administración de justicia. <sup>97</sup>

## G- EL CASO GRIFFITH

### 1- EL ABANDONO DE LA DOCTRINA DEL CLEAR BREAK

En el período siguiente al caso *Johnson* , la Corte continúa la línea establecida en ésta sentencia, sin volver a hacer alguna referencia al *three pronged*

---

<sup>96</sup>- *Chevron Oil Co. v. Huson* 404 U.S. N° 106 - 107 (1975).

<sup>97</sup>- De todos modos permanece una diferencia pequeña pero substancial: en los casos penales, la limitación temporal de las sentencias puede obtener un máximo de no retroactividad; mientras en materia civil, puede observarse hasta la operatividad puramente prospectiva de una sentencia.

*test*, que quedara absolutamente deshechado a partir del 1982.<sup>98</sup> Por el contrario, para resolver la retroactividad o la prospectividad de un principio expresado en una sentencia, se hará utilización de las categorías creadas por la Corte, y del concepto del *clear break*. Esta situación encontrará su fin con la sentencia que resolverá el caso *Griffith v. Kentucky*<sup>99</sup>, en el cual la Corte aborda nuevamente el tema de la limitación temporal de sus sentencias. En esta sentencia se aclara exactamente, cuándo las normas serán de aplicación retroactiva, con la intención de beneficiar los procesados, acusados con anterioridad a la fecha del anuncio de la nueva norma. La Corte establece que toda nueva norma relacionada con el derecho procesal penal, será de aplicación retroactiva a todos los casos pendientes en vía directa de apelación (*direct review*) o sin sentencia final, sin ser importante el hecho que dicha norma constituya un "*clear break*" con el pasado.

100

---

<sup>98</sup>- Ver *Solem v. Stumes* 465 U.S. 647 (1984); *Shea v. Louisiana* 470 U.S. 51 (1985).

<sup>99</sup>- *Griffith v. Kentucky* 479 U.S. 314 (1987).

Un hombre negro fue juzgado y condenado ante un entero jurado de personas de raza blanca, a pesar de los infructuosos tentativos de la defensa de cambiar dicha situación, por considerarla violatoria de la Sexta y Decimocuarta Enmiendas constitucionales. La condena fue confirmada por la Suprema Corte de Kentucky, basándose en el caso *Swain v. Alabama* 380 U.S. 202 (1965), y rechazando el hecho que "*the prosecution's use of peremptory challenges had deprived the accused of equal protection*". Encontrándose pendiente el caso en *certiorari*, la Corte Suprema de los Estados Unidos emanó su sentencia al caso *Batson v. Kentucky* 476 U.S. 79 (1986), apartándose de la interpretación hecha en *Swain*, para sostener que "*...a prosecutor's use of peremptory challenges to strike members of a defendant's race from the venire could make out a prima facie case of racial discrimination violative of the equal protection clause of the Fourteenth Amendment*." La Corte revirtió la sentencia de la Suprema Corte de Kentucky haciendo Griffith beneficiario de la nueva norma.

<sup>100</sup>- *Griffith v. Kentucky* 479 U.S. 314, 328 (1987).

El planteamiento de base que la Corte utiliza como punto de partida, es la determinación de si el principio establecido por la doctrina del "clear break" debe ser aplicable a casos pendientes de resolución en apelación directa (*direct review*). Inicia su opinión remarcando el error en el que ha incurrido la resolución del caso *Johnson*, al no declarar un único principio aplicable a los casos criminales pendientes en apelación directa, y manifestando que ello implica una violación de normas constitucionales básicas del procedimiento establecido para estos procesos de tipo constitucional.<sup>101</sup>

Por su parte, cita dos razones que avalan dicha crítica, nuevamente basándose en las afirmaciones del Juez Harlan: la primera, es que siendo la función de la Corte resolver casos y controversias concretas, una vez resuelto dicho caso por medio de un nuevo principio, la Corte debe aplicar dicha norma a todos los casos pendientes en vía de apelación directa<sup>102</sup>. En segundo lugar, si solamente seleccionara ciertos casos como beneficiarios del nuevo principio de derecho, y dejara sin aplicación del mismo a todo el resto, se cometería una violación del principio de igualdad ante la ley.<sup>103</sup>

Sosteniendo que es inapropiado justificar excepciones a un principio general sobre la retroactividad, basándose simplemente en las

---

<sup>101</sup>- *Griffith v. Kentucky* en su N° 322.

<sup>102</sup>- *Griffith v. Kentucky* en su N° 322 - 323.

Aquí la Corte especifica que, al no ser posible para ella misma tomar conocimiento directo de todos los casos beneficiarios de dicha nueva norma, este objetivo se ve realizado por medio de la instrucción de las cortes inferiores en la aplicación retroactiva de dicho principio, a todos aquellos procesos aún no coronados con una sentencia final.

<sup>103</sup>- *Griffith v. Kentucky* en su N° 323.

características de la nueva norma <sup>104</sup>, la Corte procede nuevamente a la expresión de dos razones suficientes para eliminar la validez del test que considera el *"clear break"* con el pasado. La primera establece que la ley a ser aplicada para la resolución de un caso concreto, pendiente ante la Corte en apelación directa, es la ley vigente, sin tener importancia las características de la nueva norma; la segunda, es que el uso del criterio del *"clear break"* mantiene siempre la violación del principio de igualdad, ya que la característica de romper con el pasado de la nueva norma no deja de acusar la injusticia de tratar en diferente forma, dos litigantes situados igualmente. <sup>105</sup>

Basándose en esta cadena de argumentos, la Corte concluye que la nueva norma de derecho procesal penal es de aplicación a todos los casos pendientes en apelación directa, sin importar si la misma constituye o no una ruptura con los precedentes. <sup>106</sup>

---

<sup>104</sup>- *Griffith v. Kentucky* en su N° 326.

<sup>105</sup>- *Griffith v. Kentucky* en su N° 327 - 328.

<sup>106</sup>- En ésta sentencia, las opiniones contrarias también se hicieron sentir en los votos disidentes de los jueces White, Rehnquist y O'Connor, quienes mantienen la necesidad de aplicación del *three pronged test*. Atacan la sentencia de la Corte poniendo en evidencia que, la distinción entre casos pendientes en apelación directa y en apelación colateral, crea diferencias de tratamiento violatorias de la igualdad ante la ley. Esta diferencia se crearía *"depending on just how long ago now-constitutional conduct occurred and how quickly cases proceed through the criminal justice system."*. No creen que el simple hecho de poseer todavía una vía de apelación abierta, sea una justificación valedera para el tratamiento desparejo de litigantes que plantean una misma demanda constitucional. *Griffith v. Kentucky* en su N° 330 a 333.

## 2- VENTAJAS Y DESVENTAJAS DERIVADAS DE LA DOCTRINA GRIFFITH

El abandono de la doctrina derivada del "*clear break*" aporta un resultado positivo, que enriquece la consistencia doctrinal de la Corte, y evita el problema planteado por la determinación de en qué consistía exactamente esa fractura con el pasado. En efecto, la Corte siempre ha establecido discrecionalmente si dicha ruptura con el pasado existía o no, pero lo ha hecho basándose en su propia interpretación de los precedentes. El empleo de esta interpretación subjetiva, en forma posterior se veía agravado por el uso de los tres factores derivados de los casos *Linkletter/Stovall*, derivando generalmente en una manipulación de los factores, a efectos de obtener los resultados deseados por ella, induciendo de esa forma la retroactividad o la prospectividad, y cumpliendo un papel de características más acorde con una función legislativa que judicial.<sup>107</sup> Ahora, por medio del uso del criterio derivado del caso *Griffith*, la Corte ve limitada la posibilidad de inducir la irretroactividad de sus sentencias, al menos en los casos pendientes en apelación directa, adaptándose mejor a una función judicial.

Paralelamente a las ventajas provenientes de este caso, surgen las desventajas pertinentes. La primera se demuestra representada en la molestia que se produce a la confianza depositada por los oficiales públicos encargados del orden, en el cumplimiento de sus funciones. Así, ellos aún confiados en la legalidad de una práctica, tendrán siempre el resquemor de descubrir con

---

<sup>107</sup>- Esta dificultad se observa claramente expresada en el caso *Solem v. Stumes* 465 U.S. 638 (1984). C. L. SCALISE, "A clear break from the clear break exception of retroactive analysis: *Griffith v. Kentucky*", en *73 Iowa Law Review* 1988, pág. 489 - 90.

posterioridad, que la Corte declare inconstitucional la conducta por violativa de normas de nivel constitucional. Ante esto, los mismos están indirectamente obligados a prevenir y anticipar los futuros criterios de la Corte, a fin de no ver su trabajo despreciado por ilegal, aun cuando legal de acuerdo a la ley previa. En realidad, si bien este es un punto de importancia, creemos no se deba perder de vista la función judicial por excelencia, la resolución de conflictos de acuerdo a la ley. Si se toma este último criterio como bastión destinado a proteger el funcionamiento de un sistema jurídico global, resulta necesario tomar el inconveniente derivado de esta sentencia como secundario en comparación con el valor principal o supremo, insignificante si comparado con la posibilidad de la violación del principio de igualdad, error en el que se incurría por medio del uso del "*clear break*", aunque la confianza de los oficiales públicos permanecía intacta. Es cierto igualmente que la seguridad jurídica vendría desatendida, pero al resultar imposible el lograr un punto de equilibrio entre todos los intereses en juego, se ha preferido privilegiar el aspecto que representa una garantía para asegurar una efectiva administración de justicia de acuerdo a la ley vigente.

Otro de los problemas aportados por el caso *Griffith*, encuentra su causa en la imposibilidad por parte de la Corte de limitar pro futuro las nuevas normas para los casos pendientes en apelación directa. Esto seguramente provocará un estancamiento en los cambios del sistema jurídico, aunque muchas veces necesario e importante, en virtud de las consideraciones que la Corte deberá realizar en punto a los efectos que una gran reforma podrá causar, sobre los órganos administradores de justicia. De esta forma, si la pretendida reforma es abarcativa de un área más o menos importante del ordenamiento vigente, la Corte seguramente preferirá no sobrecargar las cortes con una plétora de casos a ser revisados, y adoptará una posición menos reformista esperando seguramente la intervención del órgano legiferante.



Por último, más que de una desventaja, en este caso podemos referirnos a una puerta abierta dejada sin resolución. Nos referimos a qué sucederá de aquí en adelante con los casos que aun terminados por medio de una sentencia final, pretenden la aplicación de la nueva norma haciendo uso del *habeas corpus* como acción colateral. En efecto, a la Corte se le presentan dos opciones, o bien adoptar la posición del Juez Harlan en su totalidad, o bien continuar aplicando los tres factores derivados de *Linkletter/Stovall* para resolver la retroactividad o no de los casos con pretensión de reapertura por medio de acciones colaterales. Este problema irresuelto por la corte en este fallo vendrá abordado posteriormente por la misma.

## H- EL CASO TEAGUE

### 1- UNA APROXIMACION A LA SOLUCION GLOBAL

La problemática nacida con el análisis de la operatividad retroactiva de las sentencias de las cortes federales, en relación a los casos finalizados por medio de una sentencia final, ha provocado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal una incapacidad de dar una solución única, aplicable como principio general y rector de la materia. Han sido ya puestas en evidencia en los momentos en los cuales referimos al *habeas corpus* y al *collateral attack*, las distintas opiniones críticas surgidas en el mismo seno de la

Corte <sup>108</sup>, así como las propuestas de solución alternativa realizada por los mismos jueces disidentes. Por otra parte, la doctrina se ha ocupado de este problema dándole una gran importancia <sup>109</sup>, y los doctrinarios han igualmente tentado de proponer alternativas que permitiesen a la Corte salir victoriosa de esta pesadilla que viene padeciendo por más de veinticinco años.

No obstante, la misma ha permanecido insensible a las opiniones adversas a su postura, así como a las soluciones propuestas. Solamente toma una postura definida en punto a la retroactividad de las normas, para aquellos casos que aún poseen una vía de apelación de frente a ellos en vía directa (*direct review*), y se limita a dejar una pregunta sin respuesta para los casos que acceden a las cortes en apelación colateral o indirecta (*collateral attack*). Esta encrucijada será abordada nuevamente por la Corte en el caso *Teague v. Lane* <sup>110</sup>, con la intención de dar una respuesta unívoca y definitiva.

---

<sup>108</sup>. Ver la opinión crítica y propuesta del Juez Harlan, ejemplo significativo de análisis del problema planteado por la retroactividad en los casos que acceden a la Corte por medio del *habeas corpus*. Remitirse a las páginas precedentes de este mismo capítulo.

<sup>109</sup>. Dentro de la pléyade de artículos existentes en la materia pueden destacarse: W. BRENNAN, "Federal Habeas Corpus and State Prisoners: an Exercise in Federalism", en 7 Utah L. Rev. 423 1961; C. R. REITZ, "Federal Habeas Corpus: Impact of an Abortive State Proceeding", en 74 Harv. L. Rev. 1315 1961; P. M. BATOR, "Finality in Criminal Law and Federal Habeas Corpus for State Prisoners", en 76 Harv. L. Rev. 441 1963; D. H. OAKS "Legal History in the High Court - Habeas Corpus", en 64 Mich. L. Rev. 451 1966; D. J. MEADOR, "The Impact of Federal Habeas Corpus on State Trial Procedures", en 52 Va. L. Rev. 286 1966; R. M. COVER - A. T. ALEINIKOFF, "Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court", en 86 Yale L. J. 1035 1977; G. PELLER "In defense of Federal Habeas Corpus Relitigation", en 16 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 579 1982; L. FRIEDMAN, "A Tale of Two Habeas", en Minn. L. Rev. 247 1988, entre tantos otros.

<sup>110</sup>. *Teague v. Lane* 489 U.S. 288 (1989).

En dicho caso, se planteó el dilema de determinar si una nueva norma debe o no ser de aplicación retroactiva a casos planteados por medio de un *habeas corpus*; es decir, la decisión implicó definir qué ley debe ser aplicada a un caso que accede a una corte federal en *habeas corpus*, o la ley vigente al momento en que el caso obtuvo su sentencia definitiva, o la nueva ley declarada en un caso posterior. En *Teague*, la Corte asume que las nuevas normas de derecho procesal penal, en general, no deberían ser aplicadas retroactivamente a revisiones federales de sentencia penales de condena, cuando planteadas por medio de un *habeas corpus*, y emanadas de una corte estatal que se hayan convertido en finales con anterioridad al establecimiento de la nueva norma.<sup>111</sup>

---

El imputado, de raza negra, fue condenado por una corte estatal del Estado de Illinois por un jurado integrado exclusivamente por personas de la raza blanca. El actor, durante la selección de los jurados hizo en diez oportunidades uso de la facultad de tachar testigos (*peremptory challenges*), eliminando de tal forma todos los potenciales jurados de la raza negra. El imputado intentó dos veces anular el proceso por encontrarse en desacuerdo con el jurado, argumentando su derecho a ser juzgado por sus pares; paralelamente, el actor justificó la selección del jurado, en virtud de equilibrar la presencia femenina y masculina en el mismo. Luego de una infructuosa apelación ante una corte estatal, el demandado interpuso un *habeas corpus* ante una Corte Federal de Distrito, la cual encontrándose condicionada por el caso *Swain v. Alabama* 380 U.S. 202 desestimó la petición, pero un panel de la Corte de Apelación estableció que se debería escuchar este caso *en banc* una vez decidido el caso *Batson v. Kentucky*. Así, en *Batson v. Kentucky* 476 U.S. 79 (1986) se establece que se puede iniciar una causa por discriminación racial bajo la norma de la Enmienda constitucional número Catorce referida a "*Equal-protection*", cuando se pueda demostrar que el actor es un miembro de un reconocible grupo racial, el mismo al cual pertenecen los miembros del jurado deshechados por el actor haciendo uso del "*peremptory challenges*", y que tal eliminación está motivada por cuestiones raciales. La Corte de Apelaciones *en banc* ratificó la decisión de la Corte de Distrito. La Corte Suprema reafirma en *certiorari*, denegando la aplicación retroactiva de la nueva regla a los casos pendientes en *collateral attack*.

<sup>111</sup>. Ver *Teague v. Lane* 489 U.S. n° 310 (1989).

Dicha solución, en su expresión más básica, es correspondiente a la ofrecida por el juez Harlan unos veinte años antes, en su voto disidente en el caso *Desist v. United States* 394 U.S. 244, 256 - 257 (1969). Desafortunadamente, la Corte en esta sentencia, no adoptó la propuesta del Juez Harlan en su totalidad, de hecho introdujo algunas modificaciones de carácter sustancial. Así, expandió el concepto de nuevo principio jurídico y redujo el objetivo de las excepciones propuestas por Harlan a la irretroactividad, haciendo muy difícil el cumplimiento del papel básico a ser desarrollado por el *habeas corpus*. <sup>112</sup>

Tanto en el caso *Teague v. Lane* <sup>113</sup> como en uno posterior, el caso *Penry v. Lynaugh* <sup>114</sup>, la Corte declaró que las nuevas normas de derecho procesal penal no serían aplicadas retroactivamente a aquellos casos que tuviesen dictada sentencia final con fecha previa al anuncio de la nueva norma. El concepto de nueva norma o nuevo principio jurídico, a los efectos de la retroactividad quedó ampliado, dejó de ser aquel ya conocido que una nueva norma era aquella que rompía con el pasado (*clear break*), para pasar a ser considerado como nuevo principio todo aquel que "*breaks new ground or imposes a new obligation on the States or the Federal Government*" <sup>115</sup>. Sostiene igualmente la Corte, en la opinión expresada por el Juez O'Connor, que la retroactividad es una cuestión previa que

---

<sup>112</sup>- J. L. HOFFMANN "Retroactivity and the Great Writ: How Congress Should Respond to *Teague v. Lane*", en 1990 Brigham Young University Law Review, pág. 188.

<sup>113</sup>- *Teague v. Lane* 489 U.S. n°310 (1989).

<sup>114</sup>- *Penry v. Lynaugh* 109 S. Ct. 2934 (1989).

<sup>115</sup>- *Teague v. Lane* 489 U.S. n° 301.

debe ser resuelta antes que la corte encargada de entender en el *habeas corpus*, entre a considerar el mérito de la cuestión que se plantea a la corte misma. <sup>116</sup>

Las excepciones planteadas por Harlan a la irretroactividad se vieron transformadas en las siguientes: la primera de ellas está referida a las normas que ubiquen ciertas conductas privadas e individuales fuera del alcance de la posibilidad de ser prohibidas por parte de la autoridad legiferante <sup>117</sup>; la segunda, es comprensiva de nuevas normas sin las cuales la posibilidad de obtener una sentencia justa se vea disminuida <sup>118</sup> ; y la tercera, se constituye por aquellas normas prohibitivas de la aplicación de ciertas penas, a una clase determinada de procesados en virtud de su posición o delito cometido. <sup>119</sup>

---

<sup>116</sup>. *Teague v. Lane* 489 U.S. n° 300 - 301; *Penry v. Lynaugh* 109 S. Ct. 2944, 2952.

<sup>117</sup>. *Teague* 489 U.S. n° 307 (citando el caso *Mackey* 401 U.S. 692 en la opinión de Harlan concurriendo en el fallo). Esta excepción se conserva inalterada en relación a aquella excepción planteada por el juez Harlan, respecto a las normas del debido proceso legal.

<sup>118</sup>. *Teague* 489 U.S. n° 311 - 312. Esta excepción, aunque similar a aquella propuesta por Harlan, relativa a las normas tendentes a asegurar el proceso de recolección de pruebas, se ve modificada. En realidad en *Teague*, la Corte sostiene que esta excepción debe verse reservada para aquel clásico ámbito del *habeas corpus*, como la corrupción de un proceso por "*mob violence*". Igualmente se limita dicha excepción para el caso de un paquete de nuevas normas, y no para una única norma novedosa.

<sup>119</sup>. *Penry* 109 S. Ct. 2953. Esta excepción está inicialmente relacionada a las normas reguladoras de la administración de la pena de muerte. Esta excepción fue adoptada en el caso *Penry*, en el cual se sostuvo que los principios trazados en el caso *Teague* eran también aplicables a los procedimientos en los cuales se pudiera arribar a la aplicación de la pena de muerte.

Posteriormente a *Teague*, la Corte reaborda el tema en la sentencia al caso *Butler v. McKellar*.<sup>120</sup> En el presente caso, la Corte especificó con mayor claridad qué es lo que debe ser entendido como nueva norma. Así, se establece que de acuerdo a lo sostenido en *Teague*, el concepto de nueva norma legaliza la interpretación hecha en buena fe, por parte de una corte estatal, de los precedentes existentes, aun cuando la misma demuestre ser contraria a interpretaciones posteriores.<sup>121</sup> Así, si al momento en que una sentencia se convierte en final, la aplicación de una determinada norma de derecho procesal penal fuera de aplicación dudosa, la corte puede decidir de acuerdo a su propia interpretación de dicha norma en cuestión. Resulta de ello, que de acuerdo al caso *Butler*, la corte encargada de entender en el *habeas corpus*, no podrá dejar sin efecto la sentencia previa aunque ella sea errónea a la luz de sentencias posteriores, ya que la corte que dictó la sentencia de mérito, interpretó la ley en disputa en buena fe, y no se justifica una aplicación de carácter disuasivo<sup>122</sup> del *habeas corpus* en la presente situación.

Así se encuentra resuelta la problemática de la retroactividad en el momento actual, las nuevas normas serán de aplicación retroactiva a todos aquellos procesos pendientes en apelación directa, siendo indiferente que la nueva norma determine una ruptura con los precedentes establecidos hasta el

---

<sup>120</sup>- *Butler v. McKellar* U.S.L.W. 4294 (1990).

<sup>121</sup>- *Butler v. McKellar* U.S.L.W. 4296.

<sup>122</sup>- Este carácter disuasivo del *habeas corpus*, es el que de acuerdo a la opinión dada en el caso *Teague* corresponde a dicho remedio. Así, para el Juez O'Connor, uno de los objetivos del *habeas corpus* sería disuadir a las cortes estatales de cometer errores de corte constitucional en el desarrollo de un proceso, o bien en la aplicación de las normas.

momento de la proclamación de la misma. En relación a los casos replanteados en *habeas corpus*, no será dicha norma de aplicación retroactiva, salvo para aquellas tres excepciones antes mencionadas.

## 2- BALANCE POSITIVO

Luego de este análisis surge claramente la necesidad de una intervención del Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica, con el objetivo de dar una resolución definitiva al marco jurídico que debe actuar como referencial en materia de *habeas corpus*. Es evidente que la Corte ha realizado sus máximos esfuerzos, destinados a encontrar una salida equilibrada y jurídicamente elegante, para solucionar este planteo propuesto por la retroactividad. De hecho, es altamente valorable la inclinación de la Corte a aceptar en sus fundamentos, la doctrina propuesta por el Juez Harlan en la década de los sesenta; no obstante, el interés de la misma de dar una forma más acabada a dichos principios, derivó como a lo largo de la historia de esta problemática, en una cierta desviación de lo que en realidad debería ser considerada como la solución más apropiada.

Coincidimos con Hoffmann <sup>123</sup> en considerar que la Corte ha realizado grandes progresos en la materia desde el caso *Linkletter*. Así, de acuerdo a la sentencia al caso *Teague*, las cortes federales verán reducida la sobrecarga producida por sucesivos planteamientos de *habeas corpus* realizados

---

<sup>123</sup>- Vid. J. HOFFMANN, "Retroactivity and the Great Writ: How Congress Should...", *op. cit.* (n° 109), pág. 200 a 215.

por los mismos litigantes. Dicha petición, ahora, deberá basarse en las mismas pautas constitucionales de procedimiento penal existentes al tiempo del proceso estatal original. Por su parte, el establecimiento de una categoría dentro del *habeas corpus*, dado por las excepciones creadas al principio general de la retroactividad, contribuye a otorgar dicha aplicación retroactiva solamente a aquellos casos en los cuales realmente se ponga en juego los verdaderos objetivos que motivaron la creación de un remedio como el *habeas corpus*. De esta forma, se dejará de considerar la posibilidad de la retroactividad para aquellos casos que accedan a una corte por medio del *habeas corpus*, cuando se encuentren en peligro simples tecnicismos procesales y no una cuestión de fondo que haga a la garantía de hacer justicia.

Paralelamente, el hecho de cambiar y ampliar el concepto de nueva norma, impide el cumplimiento efectivo de uno de los objetivos fundamentales del *habeas corpus*: la reivindicación de los derechos constitucionales de los prisioneros estatales. Planteado como está actualmente el concepto de nueva norma, implica que las cortes estatales a efectos de obtener respeto de sus sentencias, aun a pesar de un planteamiento de *habeas corpus*, sólo deben obedecer los precedentes existentes en la materia de que se trate. Esto implica una doble consecuencia negativa, en primer lugar limita la creatividad de las cortes inferiores despertando en ellas la necesidad de obedecer ciegamente a los precedentes de la Corte Suprema, para el caso que no quieran ver revertidos sus fallos por contrarios a la Constitución. Y en segundo lugar, siendo la posibilidad de error de las cortes inferiores tan reducida, restringe igualmente la posibilidad de planteamiento de *habeas corpus* que aun cuestionando una cuestión legítima de ser tratada, por formar parte del ámbito del "*great writ*", no serán analizados en el mérito de la cuestión por no constituir de acuerdo al nuevo concepto de nueva norma, violación alguna.



Por último, la limitación de la excepción propuesta por el juez Harlan en relación a las normas comprendidas dentro del "*ordered liberty*", se ve reducido en *Teague*. Esto en virtud que, si como en este último caso la excepción a la irretroactividad viene sólo otorgada cuando la posibilidad de una sentencia justa se vea en peligro, haciendo incapié en la determinación de la culpabilidad o la inocencia, se priva del derecho de solicitar un *habeas corpus*, a todos aquellos que aun habiendo sufrido procesos injustos, su culpabilidad no sea dudosa. Por ello resulta más apropiada la teoría de Harlan, ya que es inclusiva de ambas situaciones, tanto aquellos procesos corrompidos, como aquellos en los que la culpabilidad sea dudosa gozarán del beneficio de la retroactividad, dando como resultado una correcta aplicación del *habeas corpus*.

Surge así de este comentario realizado por Hoffmann, el cual compartimos, que una aproximación integral a los conceptos vertidos por el Juez Harlan, así como también una restricción del uso del *habeas corpus*, arrojarían resultados más positivo que continuar replanteándose indefinidamente una modificación o reestructuración de la totalidad de la problemática de la retroactividad.



## **APENDICE DE LA PRIMERA PARTE**

### **EVALUACION DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA EN MATERIA DE RETROACTIVIDAD Y PROSPECTIVIDAD**



## A- DESDE LOS ORIGENES HASTA EL 1965

Después del análisis desarrollado hasta este punto, algunas observaciones surgen con mayor claridad, y resulta mucho más simple el fundamentar conceptos ya anticipados inicialmente. En primer lugar y como primera aproximación, debemos advertir que resulta casi imposible determinar la existencia de líneas de máxima utilizadas por la Corte, durante el primer período comprensivo desde los orígenes del planteamiento de la prospectividad, hasta el año 1965. Resulta infructuoso igualmente, circunscribir dentro de un campo cierto y predeterminado, las valoraciones argüídas por la Corte como orientadoras de sus decisiones, a favor o en contra de la retroactividad.

Así es que inicialmente todas las sentencias de la Corte poseían efectos retroactivos. Este concepto de retroactividad y su doctrina posterior, nacen como medios de solución de problemas específicos y prácticos, como es el de la operatividad temporal de las sentencias de los organismos judiciales, entendiendo por el término sentencia, la herramienta procesal utilizada por las cortes con el objetivo de poner fin a una controversia judicial concreta. Así la retroactividad nace y se desarrolla con la intención clara de administrar justicia en la mejor forma que sea posible, pero sin considerar inicialmente la problemática teórica que la misma traería aparejada.

Estos problemas vienen determinados inicialmente, por el hecho que aplicar retroactivamente toda sentencia de la Corte, en muchos casos implica la desatención de la fidelidad que las partes han demostrado en la norma ahora declarada inconstitucional, violando de esa forma status personales adquiridos. Así la Corte, intentando solucionar los problemas que poco a poco iban surgiendo derivados de la evolución de su propia jurisprudencia, fue adoptando

criterios diferentes, derivados de las valoraciones prácticas de cada caso. Se obtiene así, un conglomerado de criterios que no se rigen por una idea conductora ni por un orden coherente, y mucho menos, pueden ser definidos como previsibles por las partes litigantes.

En búsqueda de soluciones prácticas contra la injusticia a la cual se propendía en algunos casos a través de la aplicación retroactiva de las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de las leyes,- con el objetivo de unificar la variedad de criterios existentes, y sobre todo con la intención de reducir la discrecionalidad total de la Corte en la resolución de estos problemas -, surge el concepto de irretroactividad o prospectividad, consagrado por primera vez en el caso *Linkletter v. Walker* en los años sesenta. Este concepto que, aplicado en el máximo de su expresión, excluye la aplicación del nuevo principio hasta al caso concreto que se está resolviendo con dicha sentencia declarativa de la inconstitucionalidad, trajo consecuencias no menos graves.

En primer lugar, la Corte por medio de la sentencia a este caso pretende aunar criterios, ya que a pesar de sus esfuerzos anteriores no conseguía resultados positivos. Para ello esboza un test que aplicado a cada caso concreto, deberá determinar cuál será la operatividad que se atribuirá a las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de la Corte. Nace así el denominado *three pronged test*, compuesto de tres factores a ser tenidos en cuenta: objetivos de la nueva norma, confianza depositada por las partes en la norma previa, y efectos que causaría la aplicación retroactiva de una nueva norma sobre los órganos administradores de justicia. Este test, realizado en cada oportunidad en la cual la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de una norma, caso por caso, indicaría la solución a ser tomada.

Inicialmente resulta inexplicable desde un punto de vista teórico-tradicional, el hecho de una aplicación prospectiva de un nuevo principio por parte de un órgano jurisdiccional, órgano al cual le estaría prohibido cumplir funciones típicamente legislativas. Así, La Corte debería adaptarse exclusivamente a resolver el caso concreto que se le plantea, y guardar silencio sobre cuestiones que no son de su atinencia. Sin embargo, esta observación se desvanecería, si se participa de la idea de atribuir a la Corte un papel cuasi creativo en el derecho, en forma más amplia de la histórica consideración de sus sentencias como fuente del derecho. Posición o papel que por otra parte, la Corte ya había decidido de asumir.

Ahora, esta ampliación de rol de la Corte, debía ser acompañado necesariamente de una clara demarcación del ámbito dentro del cual tanto la Corte como las partes pueden moverse. Esto con la intención de limitar también la discrecionalidad de la Corte misma, para evitar la fusión o confusión de dos poderes que, por las características constitucionales de sus atribuciones, deben estar perfectamente diferenciados uno del otro. Esta limitación podría lograrse a través del *self restraint* de la Corte, pero este es un concepto utópico si como contrapartida la Corte posee absoluta discrecionalidad para resolver los casos que se le plantean. Es obvio que, si dentro de las cuestiones a ser resueltas se encuentra la operatividad temporal de un determinado principio, la Corte proveerá en la forma que considere más oportuna, a efectos de resolver la litis.

Por otra parte, este concepto de prospectividad produce desconcierto, ya que sirviéndose de la utilización de los tres factores, la Corte llega a manipularlos de forma tal de realizar sus metas u objetivos, olvidándose de cuál es su papel dentro del ordenamiento jurídico y estatal. Ejemplo de este desconcierto se observa cuando la Corte, ante la resolución de conflictos comprensivos de valores fundamentales como el principio de igualdad ante la ley, resuelve a favor

de la operatividad prospectiva. Así entendida, la prospectividad ha sido, y es durante este período, el elemento o el instrumento que ha permitido a la Corte Suprema Federal liberarse en su creatividad, manteniéndose siempre atenta a no contravalancear la administración de justicia con un gravamen numérico de procesos, que se volvería como un bumerang trayendo consecuencias perjudiciales; pero simultaneamente, desatendiendo valores jurídicos fundamentales.

La Corte se manifiesta como un juez, pero con características especiales de protagonismo y activismo en el proceso de actualización y adaptación del derecho a una coyuntura actual, lo que en cierta forma constituye un aspecto altamente positivo. Para el caso de ser necesario un cambio dentro del ordenamiento jurídico, la Corte puede actuar como instigadora de dicho cambio, y la mayoría de las veces de hecho toma directamente la iniciativa de la modificación, y la hace efectiva por medio de sus sentencias. Por ello, comprender la jurisprudencia de la Corte en este lapso temporal, es una empresa prácticamente imposible. Una condición esencial para llevar a cabo esta labor, sería analizar contextualmente cada sentencia en particular. Implicaría analizar el contexto histórico en que la Corte ha desarrollado sus sentencias más significativas en este campo, tanto a favor de la retroactividad, como a favor de la prospectividad. Es por medio de estas sentencias que la Corte ha producido reformas fundamentales en el ordenamiento jurídico, siempre considerando aspectos como la no liberación de gran cantidad de condenados, la no reapertura de un gran número de procesos, y el respeto por el principio de la igualdad y la justicia.

La Corte demuestra carecer de un criterio único, y paralelamente, a través de la limitación temporal de la operatividad de sus sentencias, en virtud de la consideración del tercer elemento del *three pronged test*: el efecto sobre la



administración de justicia, la Corte descubre su rol político, y como consecuencia revela el basamento de sus sentencias en elaboraciones de contenido político, consideraciones que poseen una explicación - al igual que la diversidad de criterios utilizados - en la decisión de la operatividad temporal de sus sentencias caso por caso. Explicación ésta, que no se traduce en justificación de las actitudes tomadas por la Corte. La necesidad de limitar su discrecionalidad, y el cumplimiento de los deberes para los cuales la misma fue creada, comienzan en este período a convertirse en una necesidad urgente.

## B- DESDE 1965 HASTA NUESTROS DIAS

Prácticamente, la inercia de criterios utilizados en relación a la limitación temporal de las sentencias de la Corte, que fuera la protagonista hasta llegar a la que fue la primera sentencia haciendo referencia concreta a la capacidad de la Corte, de limitar pro futuro sus nuevas normas en materia constitucional, quedará desterrada en el período siguiente. El mismo estará caracterizado por una movilización constante de principios, movilización que se produce en una clara actitud desesperada de la Corte, de buscar un único principio rector de la materia.

Si bien se continúa haciendo uso del *balancing test*, se van también produciendo inclinaciones a considerar como más importantes unos factores que otros. Así surge la jerarquía entre los mismos, pasando a ser los objetivos de la nueva norma el elemento a ser primordialmente considerado. Por su parte, se deja de lado la diferenciación realizada por el caso *Linkletter*, entre apelantes en *direct review* y en *collateral attack* en relación a la operatividad de las sentencias de la Corte. Así, caso por caso se determinaba si una norma debía ser

retroactivamente aplicada o no, y la decisión cualquiera fuere era válida para ambas categorías de apelantes.

Navegando en un mar de inestabilidad, e inclinándose hacia una u otra dirección la Corte continúa aplicando y generando nuevas doctrinas constitucionales, a efectos de resolver los problemas planteados por la retroactividad y la prospectividad de sus sentencias. Podríamos referir un momento en el cual la Corte parece iluminarse con una solución parcial, pero que demarca el hito a partir del cual se empezará a caminar por el sendero que la conducirá a una situación cercana a la solución total. Es el abandono del uso del *three pronged test* lo que permite a la Corte orientarse en dirección correcta.

En el caso *Johnson* la Corte hace abandono del *three pronged test*, provocando una pequeña revolución en la historia de la retroactividad y la prospectividad. Hasta este momento, las materias o áreas penales y civiles en materia de retroactividad, se habían mantenido totalmente distantes una de otra. Ahora, por medio del abandono del *balancing test* y otorgando mayor importancia al carácter de novedosa de la nueva norma editada pretoriamente por la Corte, pareciera verse una aproximación entre ambas materias. Sólo permanecerá la diferencia de limitación temporal, así, en materia penal sólo se podrá alcanzar como límite máximo la aplicación no retroactiva de una sentencia, ya que, los pronunciamientos de la Corte tienden a establecer posiciones favorables a los particulares, y en virtud de ello solamente la extensión de este beneficio se limitaría a los casos ya resueltos con carácter de definitivos. Por el contrario, en los casos civiles, en los cuales la disposición beneficiosa para una de las partes implica la posición de sacrificio de la otra, fracturando de esa forma el equilibrio jurídico y el principio de igualdad, el alcance de la limitación de los efectos de las sentencias de la Corte, puede incluso alcanzar la prospectividad pura. Así, la Corte comienza a comportarse como un

órgano jurisdiccional más que legislativo, preocupándose de la tutela de los derechos de los particulares, tutela que se ejercita a través de la diferencia ahora remarcada.

Otro punto interesante, es observar como en los orígenes de la prospectividad, la capacidad de limitar temporalmente los efectos de las sentencias de la Corte se encontraba con la dificultad de una justificación, por no querer reconocer la capacidad creativa e innovativa dentro del ordenamiento jurídico de los organismos jurisdiccionales. En *Johnson* es precisamente la característica de novedosa de una norma editada en una sentencia de la Corte, lo que le permite a esta última, limitar sus efectos hacia el futuro.

De esta forma, la Corte entra a reconocer su capacidad innovativa y creadora dentro del ordenamiento jurídico, pero no justificando su actitud en su carácter de órgano político, sino más bien, basándose en su carácter de órgano jurisdiccional aplicador del derecho vigente a los casos concretos, y aplicando también la Constitución, lo que ciertamente le permite provocar cambios, al ser básicamente la intérprete de los mismos. Y si, es fundamentalmente a través de este papel de intérpretes, que las cortes intervienen en las modificaciones del ordenamiento vigente, y no actuando como legisladores, sino más bien como adaptadores del derecho a los casos particulares que se les plantean.

Si bien se da un paso hacia adelante, la Corte falla nuevamente al no establecer claros lineamientos de carácter general, perpetuando de esta forma una aplicación incoherente e inconsistente de los principios de la retroactividad, que caracterizara igualmente el período post-*Linkletter*.

Con el caso *Griffith* la Corte otorga una solución parcial al problema; en primer lugar, reinstaura la diferenciación originalmente trazada por el caso

*Linkletter* entre los casos pendientes en apelación directa por una parte, y en apelación indirecta o colateral por otra. Así, la aplicación retroactiva de la nueva norma a los casos pendientes en apelación directa, sin importar si la nueva norma conlleva a una ruptura con los precedentes, soluciona parcialmente el problema, pero deja una puerta abierta en relación a los casos pendientes en *habeas corpus*. Así, se cierra el capítulo de la decisión a favor de la retroactividad o de la prospectividad de las sentencias de la Corte en un análisis realizado caso por caso, naciendo un principio general aplicable a las nuevas normas de derecho procesal penal, en los casos pendientes en apelación directa.

El problema de la limitación temporal de las sentencias de la Corte en relación a los casos pendientes de resolución ante ella por medio de una *habeas corpus*, será resuelto posteriormente por el caso *Teague*. Se establece, por medio de éste último, que las nuevas normas de derecho procesal penal en general no serán aplicadas retroactivamente a los casos accediendo por medio de un *habeas corpus*, si se hubiese dictado sentencia final con anterioridad al establecimiento de la nueva norma.

Si bien este caso nos aproxima a una solución global de la problemática planteada por la retroactividad en los Estados Unidos de Norteamérica, las pequeñas modificaciones introducidas a la propuesta realizada por el Juez Harlan, han entorpecido la adopción de una solución definitiva y adecuada a los requerimientos elementales de un sistema administrador de justicia. Admitiendo que el problema de la retroactividad, en relación a los casos que acceden a la Corte por medio de una apelación directa haya quedado definitivamente resuelto, se hace sentir la necesidad de lograr los mismos resultados en relación a los casos pendientes ante la Corte en *habeas corpus*. Para ello se requiere una adopción y ratificación de los principios generales derivados del caso *Teague*, y simultaneamente, una intervención del Congreso con la finalidad de delimitar el

marco jurídico del *habeas corpus*. Así, por medio de una restricción legislativa del uso de dicho remedio, se evitaría a la Corte el balancearse entre dos extremos sin encontrar un punto medio de equilibrio. Adoptando la solución propuesta por el Juez Harlan e introduciendo dicha referencia normativa limitativa del uso del *habeas corpus*, permitirá arribar a una solución global de la problemática de la limitación temporal de las sentencias por parte de la Corte Suprema Federal, que como contrapartida se presenta mucho menos onerosa que la reestructuración global de dicha problemática, por medio de una iniciativa judicial.

Siendo esta la situación actual en materia penal, el área civil continúa rigiéndose por los principios derivados del caso *Chevron Oil. Co. v. Huson* 404 U.S. 106 (1975).



## **PARTE SEGUNDA**





## **CAPITULO CUARTO**

**SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA.  
MODELO KELSENIANO. AUSTRIA - ALEMANIA - ESPAÑA**



## A- EL SISTEMA CONCENTRADO EUROPEO

No podemos permitirnos ingresar directamente en el tratamiento de uno de los sistemas de control de constitucionalidad como lo es el italiano, sin dar aunque sea una breve introducción sobre el sistema de control de la constitucionalidad que diera origen al modelo europeo, es decir, el sistema austríaco. Es para ello que se hace absolutamente necesario adentrarnos en la concepción de Hans Kelsen, padre del modelo concentrado de justicia constitucional. Los criterios rectores por él aportados han sido posteriormente adoptados por su país, Austria, y luego, modificados de acuerdo a las necesidades reinantes en cada estado, en Alemania, España, e Italia, entre otros, a los cuales haremos una referencia simplemente introductiva en referencia al tema que nos ocupa: los efectos temporales de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de las leyes.

### 1- EL MODELO CLASICO: HANS KELSEN

#### I- FUNDAMENTACION DE LA NECESIDAD DE UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Hans Kelsen <sup>1</sup> adopta una visión muy particular del control de constitucionalidad, por otra parte muy distinto del pergeniado en los Estados Unidos de Norteamérica. Considera la justicia constitucional como un elemento

---

<sup>1</sup>. Para todo el desarrollo del modelo clásico Kelseniano nos basamos en el artículo de este autor "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", en Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger, Vol. XLV, 1928, pág. 197 a 257.

del sistema de medidas técnicas que poseen como objetivo asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas funciones a la cuales hace referencia tienen un carácter eminentemente jurídico, actos creadores de derecho, o bien actos de ejecución de normas ya creadas, basándose para ello en la distinción de las funciones estatales en funciones de legislación y de ejecución.

Legislación y ejecución son dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del derecho. Así, si la Constitución, la ley y los reglamentos son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo son normas jurídicas individuales. De esta forma se observa que cuando las funciones estatales se encuentran en desenvolvimiento, si la aplicación aumenta, el poder de libre creación disminuye proporcionalmente. Como resultado se obtiene que cada nivel del orden jurídico es una producción de derecho en relación al nivel inferior, y una reproducción del derecho en relación al grado de nivel superior. Por todo ello, las garantías de la Constitución se traducen en garantías de la regularidad de las reglas subordinadas a la misma, es decir, en la garantía de la constitucionalidad de las últimas.

## II- CONCEPTO DE CONSTITUCION. MEDIOS PARA GARANTIZAR LA REGULARIDAD DE LAS NORMAS DE ELLA DERIVADAS.

Toda esta estructura elaborada por Kelsen encuentra su piedra angular en una clara noción de Constitución. La misma viene entendida como el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico todo. <sup>2</sup> La

---

2- "...c'est un principe où s'exprime juridiquement l'équilibre des forces politiques au moment considéré, c'est la norme qui règle l'elaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques... Elle est la base indispensable des normes juridiques qui règlent la conduite réciproque des membres de la collectivité étatique, de même que de celles qui déterminent les organes nécessaires pour appliquer et les imposer, et la façon dont ils procéderont, c'est-à-dire, en somme,

Constitución así entendida no sólo es una norma de procedimiento o de forma, sino también es una norma de fondo, y de allí deriva el hecho que una norma pueda ser inconstitucional, no solamente por una irregularidad en su proceso de formación, sino y también, por la contradicción existente entre sus contenidos y las directivas o principios rectores generales contenidos en la primera.

El modelo clásico de Kelsen contempla y valora las diferentes posibilidades de solución a los efectos de garantizar la eficacia constitucional. Entre dichas posibilidades se encuentran las garantías preventivas, que serían aquellas tendentes a evitar la creación de normas irregulares, y las represivas, tendentes a evitar la renovación de un acto ilegal ya llevado a cabo, o bien reparar el daño causado, y eventualmente a reemplazar el acto irregular por uno que sea concordante con los principios constitucionales. Igualmente se admite la posibilidad de adoptar una forma mixta, que se encontraría entre las dos antes mencionadas.

Incluye dentro del primer grupo, la garantía de la independencia del órgano colegiado encargado de la creación del derecho. Igualmente dentro de este primer grupo se encuentran la responsabilidad penal, disciplinaria y civil del mismo órgano, por la emanación de un acto irregular. En cambio, dentro del segundo grupo se encuentra la nulidad o anulabilidad del acto contrario a la Constitución. La nulidad significa que un acto que tiene la pretensión de ser un acto jurídico y estatal, no es tal, si viene objetivamente considerado ya que no se adapta a las condiciones impuestas a él por la norma de grado superior. En cambio, si el acto ha sido necesario, se habla de anulabilidad y no ya de nulidad.

---

*l'assise fondamentale de l'ordre étatique.*" Hans Kelsen "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *vid. supra* n° 1, pág. 204 - 205.

De esta potencial nulidad no quedarán excluidos los actos inmediatamente inferiores a la Constitución, sino que por el contrario es a éstos a los cuales se debe prestar una atención particular. Pero será el derecho positivo el encargado de determinar cuándo nos encontramos efectivamente ante un acto jurídico regular o no, no es evidentemente una cuestión que deba ser dejada al libre arbitrio de cada organismo o individuo. Sobre todo ya que la consecuencia que seguiría a una eventual declaración de anulabilidad es la desaparición de dicho acto jurídico así como de sus consecuencias jurídicas. La anulación comporta diferentes grados, sea en relación a su contenido que en cuanto a sus efectos en el tiempo. Desde el primer punto de vista puede limitarse a un caso concreto, sea que se trate de una norma general o individual, ya que si el órgano encargado de aplicarla la considera irregular, la misma vendrá desaplicada al caso concreto, continuando su vigencia para el resto de las situaciones a las cuales se deba aplicar el mismo principio jurídico. Esta solución comportaría la obtención de soluciones muy dispares y hasta contradictorias en la aplicación de un mismo principio a diferentes situaciones. Es por ello que se justifica la centralización del poder de control de la regularidad de las normas a la Constitución. La otra posibilidad existente sería, aún sin optar por la centralización, el otorgar una capacidad de anulación general, pero aquí nuevamente nos encontramos de frente a un poder tan amplio, que sólo es susceptible de ser concebido en manos de una única instancia central y suprema.

En relación a la extensión temporal, la anulación puede tener aplicación sólo pro futuro, o ser igualmente aplicada hacia el pasado. El ideal sería atribuir sólo una aplicación hacia el futuro, aun cuando resulta importante admitir la posibilidad de hacer entrar en vigor dicha anulación a partir del

vencimiento de un cierto plazo.<sup>3</sup> Por último se debe considerar aunque excepcionalmente, la posibilidad de una extensión retroactiva de dicho efecto.

Otro aspecto considerado en el análisis de Kelsen ha sido la determinación del órgano al cual atribuir la capacidad de decidir sobre ésta tan mentada anulación. Como resultado ha obtenido que por una cuestión de respeto de la jerarquía de los poderes estatales y del principio de la división de las funciones estatales, el mismo debiera encontrarse fuera de la organización administrativa, y tener carácter de autoridad jurisdiccional independiente, vale decir, una jurisdicción o tribunal constitucional. Por último subsistía el problema de la sustitución del acto que ahora viene considerado como irregular por uno que sea efectivamente concordante con la Constitución. Aquí surgen nuevamente dos posibilidades, o atribuir ésta facultad al órgano del cual ha surgido originariamente la norma irregular, o bien otorgársela al órgano encargado del control. De toda ésta elaboración precedente surge claramente que, según la opinión de Kelsen, la anulación del acto jurídicamente irregular o contrario a la Constitución es la garantía más eficaz de la norma fundamental.

### III- OBJECIONES AL ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Habiendo llegado al punto de creer en la necesidad de la creación de una jurisdicción constitucional, y retornando al problema del órgano encargado de realizar el control de la constitucionalidad con el consiguiente poder anulatorio, surgen según la opinión de este autor, objeciones al establecimiento de un tribunal constitucional, que se ven salvadas en una u otra

---

<sup>3</sup>- En cuyo caso se advertiría una situación idéntica a la *vocatio legis* sólo que en sentido contrario.

forma al final del análisis global. La primera de estas objeciones es la incompatibilidad de una institución como la propuesta con la soberanía parlamentaria. Kelsen es del aviso de la relatividad de la presente objeción, en virtud que sobre todas las cosas se encuentra el principio de soberanía de la Constitución por sobre toda la organización estatal, incluyendo el mismo Parlamento, quien se debe ver obligado a legislar de acuerdo a las directivas trazadas en la norma fundamental.

La segunda objeción que podría eventualmente presentarse es la potestad de anulación de un acto jurídico por parte de un organismo extraño al órgano creador del mismo, ya que ello pareciera llevar a una desvirtuación de la separación de poderes. Esta segunda problemática quedaría igualmente desfigurada, si aceptando como punto de partida la noción de la división de poderes, se reconoce que su objetivo primordial es la repartición de las funciones no sólo para maximizar las posibilidades de acción de cada rama del poder estatal en su esfera particular, sino también de control recíproco de la legalidad de los actos derivados de una con relación a los actos derivados de la otra. Si esta función garantizadora de la regularidad de los actos derivados de las distintas ramas del poder viene reconocida como tal, se debe necesariamente admitir que una contribución invalorable vendría aportada por la existencia de dicha jurisdicción constitucional. Otro argumento susceptible de destruir la presente línea de pensamiento contraria a la instauración de una jurisdicción constitucional, sería el considerar la diferencia clara y tajante existente entre la confección de las leyes - actividad parlamentaria - y la anulación de las mismas - actividad de la jurisdicción constitucional-. En el primer caso, el legislador se encuentra condicionado por las normas constitucionales solamente en cuanto al procedimiento de creación de las leyes, y excepcionalmente en cuanto a sus contenidos - por medio de las directivas meramente generales contenidas en la norma angular del sistema -. En cambio, en el segundo caso, la anulación se



producirá fundamentalmente en aplicación de normas constitucionales concretas, careciendo totalmente de un poder de libre creación.

#### IV- OBJETO DEL CONTROL

Lógicamente que el objeto del control de constitucionalidad deben ser las leyes atacadas por adolecer de un supuesto vicio que las convierte en inconstitucionales. Por el término ley Kelsen cree se deba entender todos los actos así denominados por los órganos legislativos, derivados de los Parlamentos centrales o locales. Por lo tanto quedarán sometidos al control, todos los actos que revistan forma de ley o que tengan fuerza de tal. No quedarán excluidos del presente control los reglamentos que posean fuerza de ley (de necesidad o emergencia, derogatorios, complementarios) así como los tratados internacionales. En cuanto al criterio a ser adoptado para desarrollar correctamente el control, éste deriva del objeto del mismo; así para los actos inmediatamente subordinados a la Constitución será su constitucionalidad, y para los subordinados a ella sólo mediatamente, será la legalidad en relación a su conformidad con la norma de rango inmediatamente superior.

#### V- EFECTOS DE LA SENTENCIA

El acto sometido al control de la constitucionalidad, para el caso de ser reconocido como ilegal o irregular, debe venir declarado anulado por la sentencia misma del Tribunal constitucional. Ello implica que dicha sentencia debe poseer necesariamente efectos anulatorios.

En relación ya a los efectos en el tiempo de dicha sentencia, considera que no sería bueno atribuir efectos retroactivos a la misma con la finalidad de respetar al máximo el principio de la seguridad jurídica, la cual se

vería desatendida por la revocación de actos ya pasados y regulados definitivamente. Es decir que la anulación debe simplemente gozar de efectos pro-futuro. Todo ello dejando a salvo todas aquellas situaciones que aun siendo anteriores a dicha sentencia, no han sido objeto de ninguna decisión proveniente de una autoridad pública, las cuales quedarán incluidas dentro del llamado efecto pro-futuro.

Si bien el efecto *ex nunc* es la regla general, se advierten igualmente una serie de excepciones, así por ejemplo si la ley fuese declarada inconstitucional por vicios de forma, para evitar consecuencias perjudiciales en la aplicación pro futuro de la sentencia, se debe proveer a la posibilidad de diferir la entrada en vigor de la sentencia de anulación hasta la expiración de un cierto plazo en el futuro, a ser contado a partir de la publicación. Otro sistema sería el de autorizar al Tribunal constitucional a reestablecer las normas previas, vigentes con anterioridad al establecimiento de la norma ahora declarada inconstitucional y anulada. La dificultad de ésta última solución sería que se vería extremadamente acentuado el carácter legislativo del Tribunal, a pesar de que en realidad siempre se está en presencia del restablecimiento de normas que ya habían sido previamente pasadas por los organismos legislativos pertinentes.

Finalmente se debe aclarar que la anulación puede ser de carácter total o parcial, siendo la toma de la decisión una facultad absolutamente discrecional del Tribunal constitucional.

## VI- PROCEDIMIENTO DEL CONTROL

Si bien se acepta que la mayor garantía se obtendría por medio de una acción popular, se advierte el riesgo de asumir dicha posibilidad en virtud de las acciones temerarias que lo único que producirían sería una sobrecarga

para los órganos encargados del control. Otra solución posible sería la de autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que deban aplicar una norma, para el caso de dudas acerca de su regularidad, a suspender el procedimiento del caso concreto y presentar dicho planteamiento de irregularidad al tribunal constitucional. Igualmente dicho poder podría ser otorgado sólo a ciertas autoridades superiores o supremas, o sólo restringirlo simplemente a los tribunales.

Ahora, si el tribunal declara la inconstitucionalidad y anula la norma atacada, la autoridad que solicitó el control debe desaplicarla al caso concreto que ha provocado el análisis. Esta retroactividad de la anulación es una necesidad técnica ya que sino, las autoridades encargadas de la aplicación de la ley no tendrían interés suficiente de provocar la intervención del tribunal constitucional. Es para garantizar esa participación activa de las autoridades encargadas de activar el control, que se le atribuye a la sentencia del tribunal constitucional un efecto retroactivo limitado.

Como características generales referidas al procedimiento propiamente dicho Kelsen recomienda la plena aplicación de los principios procesales de publicidad y oralidad, en virtud que en general se trataría de cuestiones de puro derecho. Por último, la sentencia, debe pronunciar para el caso de hacer lugar a la demanda, la anulación del acto atacado, de forma tal que no queden dudas que dicha anulación es una consecuencia directa de la sentencia misma. Si se trata de normas que no entran en vigor hasta luego de su publicación, la anulación debe necesariamente seguir el mismo procedimiento.

De esta forma queda elaborado el plan de Hans Kelsen en cuanto a sus proyectos de establecer un sistema de control de la constitucionalidad. Así es que el primer atisbo de establecimiento de una jurisdicción constitucional se

observa en Austria con la Constitución Imperial (*Reichsgericht*), en la que se lograba la protección de los derechos de los ciudadanos constitucionalmente garantidos. <sup>4</sup> Posteriormente, en la Constitución del 1 de Octubre de 1920 se establece y arraiga esta institución, por supuesto, con grandes reformas.

## VII- ESTADO ACTUAL DEL SISTEMA AUSTRIACO

El presente sistema se caracteriza por ser concentrado, con la existencia de un órgano específico, el *Verfassungsgerichtshof*, con la facultad - entre otras - de centralizar el control de la regularidad de todos los actos por los cuales las autoridades públicas establezcan reglas generales de carácter obligatorio, o sea controlar la legalidad de los reglamentos y de la constitucionalidad de las leyes a título de instancia suprema y única. Estas otras facultades a las que hacemos referencia son las siguientes: es igualmente tribunal de conflictos del tribunal electoral y del tribunal administrativo especial; garantiza el respeto de la Constitución por la administración controlando los reglamentos, y reprime las violaciones de la Constitución por los órganos ejecutivos supremos. <sup>5</sup>

La Corte se compone de un Presidente, un Vicepresidente, otros doce miembros y seis suplentes. Los dos primeros, seis miembros y tres de los suplentes serán nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Gobierno Federal, y serán escogidos entre magistrados, funcionarios administrativos y catedráticos de las facultades de Derecho y Ciencias Políticas.

---

<sup>4</sup>- C. EISENMAN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour d'Autriche*, Marseille, 1986, pág. 109.

<sup>5</sup>- C. EISENMAN *La justice constitutionnelle...*, op. cit. n° 4, pág. 183.

Los restantes miembros y suplentes serán designados por el Presidente Federal a propuestas del Consejo Nacional y del Consejo Federal. <sup>6</sup>

Las intervenciones de dicha Corte están sometidas a condiciones muy estrictas. El Gobierno federal puede referir a la Corte los reglamentos de las autoridades provinciales y de leyes provinciales. La misma situación se observa en sentido contrario. Igualmente la Corte puede entrar de oficio a considerar una cuestión de constitucionalidad si se ve en la obligación de aplicar dicha ley en un caso concreto que se esté desarrollando ante ella. Paralelamente, si un tribunal cualquiera sea, en el curso de un proceso advierte una cierta irregularidad constitucional en la ley a ser aplicada para la resolución de ese conflicto, solamente podrá remitir la cuestión a la Corte Constitucional si una de las partes del proceso así lo requiere, la misma no constituirá en ningún caso una *actio popularis*. <sup>7</sup>

En consideración de los efectos que producen sus pronunciamientos se observa, que la declaración de inconstitucionalidad implica la idea de una asimilación de la anulación por la Corte Constitucional a una abrogación propiamente dicha. <sup>8</sup> Su carácter es constitutivo, y como consecuencia anula o casa una ley válida y eficaz hasta el momento del pronunciamiento. Este efecto puede ser diferido dentro de un plazo que no exceda de seis meses desde la publicación de la sentencia <sup>9</sup>, cuando así

---

<sup>6</sup>- L. FAVOREU *Les Cours Constitutionnelles*, Paris, 1986, pág. 20 - 21, 34 - 37.

<sup>7</sup>- L. FAVOREU *Les Cours Constitutionnelles*, op. cit. n° 6, pág. 40 - 45.

<sup>8</sup>- C. EISENMAN *La justice constitutionnelle...*, op. cit. n° 4, pág. 226.

<sup>9</sup>- Artículo 140 párrafo 3 de la Constitución Austriaca.

expresamente lo establece la Corte. Pero igualmente resulta importante remarcar, que la anulación de los reglamentos entra en vigor sin excepción en el día de la publicación.<sup>10</sup>

En relación a los efectos temporales de dicha sentencia, la anulación de una ley o un reglamento como producto de un pronunciamiento de la Corte produce efectos - en principio - nada más que hacia el futuro (*ex nunc*). Este aspecto aparece lógico si se observa el carácter constitutivo del pronunciamiento. Posteriormente, con la reforma introducida en el año 1929, se admitió que la norma también sea desaplicada en el caso concreto en el cual surgió la cuestión de inconstitucionalidad. A partir del momento de la publicación, la ley o el decreto anulado, no puede volver a ser aplicado.

Como consecuencia de la máxima de no retroactividad, - en principio - la ley o reglamentos anulados deberán seguir siendo aplicados luego del pronunciamiento de la Corte constitucional, a los hechos producidos anteriormente y pendientes en el tiempo, o a aquellos en vía de ejecución; pero como esta solución sería defectuosa, la Corte jurisprudencialmente ha establecido algunas limitaciones al principio general, luego adoptadas por la reforma del sistema realizada en 1929. Esas limitaciones son en relación a: 1- el tribunal que ha presentado la cuestión de inconstitucionalidad, se ve vinculado por la decisión de la Corte Constitucional; 2- si el reglamento a ser aplicado por un tribunal ha sido anulado por la Corte Constitucional, el mismo está obligado a sujetarse a la decisión de la Corte Constitucional; 3- en relación a la ley, sólo se

---

<sup>10</sup>- Artículo 139 párrafo 2 de la Constitución Austríaca.

limita el efecto del principio de la no retroactividad, al caso en que la Corte de oficio proceda al exámen de la constitucionalidad de una ley. <sup>11</sup>

Sobre el mismo aspecto de los efectos temporales de la presente sentencia, también se han introducido ciertas modificaciones por medio de la reforma del año 1975. Así, dicha modificación ha introducido en el párrafo 7 del artículo 140 de la Constitución una frase que establece: a menos que la Corte constitucional no establezca lo contrario en su sentencia de anulación. Ello implica atribuir a la Corte el poder de disponer la derogación de los que serían de otra forma los efectos de la sentencia de anulación, por la cual todas las situaciones producidas con anterioridad de dicha sentencia de *Aufhebung*, debían continuar regulándose por la norma inconstitucional. De esta forma con esta reforma, se ha atribuido a la Corte la facultad de derogar el principio general de los efectos *ex nunc* de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, aunque sea excepcionalmente. Una modificación producida jurisprudencialmente como derivada de esta reforma del 1975, ha sido en el concepto de caso concreto al cual se le debe desaplicar la norma declarada inconstitucional (*Anlassfall*). A partir de 1985 esta categoría no estará solamente integrada por el caso que ha dado origen al planteamiento de inconstitucionalidad, sino que se hará extensiva a todo juicio que se encuentre pendiente delante de la Corte misma al momento del debate o deliberación en Cámara de Consejo. <sup>12</sup>

Los efectos que la sentencia produce luego de su publicación son *erga omnes*, como si la ley anulada hubiera sido abrogada por una ley sucesiva.

---

<sup>11</sup>- Artículo 140 párrafo 1 de la Constitución Austríaca.

<sup>12</sup>- A. A. CERVATI "Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana", en *Quaderni Costituzionali* 1989, pág. 274 - 275.

Finalmente, en virtud que la Corte constitucional entiende en primera y última instancia sobre la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes, sus decisiones están dotadas de fuerza de cosa juzgada, son definitivas, sin que exista posibilidad de recurso alguno en contra de su pronunciamiento.<sup>13</sup> De esta forma se observa que la concepción de Kelsen, aun a pesar del paso del tiempo, y con modificaciones en algunos casos relevantes, sigue siendo de gran importancia para el desarrollo del control de la constitucionalidad de las leyes en Austria.

## B- EL SISTEMA ALEMAN

Otro sistema que resulta de importancia vital dentro del modelo europeo - al menos para ser llamado en este momento - es el alemán, que por la originalidad de las soluciones creadas por la Corte Constitucional, sobre todo en el ámbito temporal de sus pronunciamientos, merece una mención aunque sea a modo introductorio. Aparte, este sistema presenta - como de otra parte todo el resto de los sistemas europeos de control de la constitucionalidad de las leyes - la particularidad de ser una modificación del modelo concentrado austríaco.

### 1- COMPOSICION

La Constitución de 1949 crea un Tribunal Constitucional Federal, que aunque formando parte del poder judicial, es el guardián supremo de la Constitución. De esta forma se podría decir que luego de la Ley del 12 de Marzo

---

<sup>13</sup>- M. CAPPELLETTI *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971, pág. 92.



de 1951, Ley sobre la Organización y Procedimiento del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* o *B.Verf.G.G.*), el mismo se presenta como un órgano constitucional de la federación, y al mismo tiempo como independiente y autónomo en relación a todos los otros órganos constitucionales, y con poderes de autoregularse. Dicho tribunal se presenta compuesto de dos Cámaras, cada una de ellas integrada por ocho jueces. La mitad de ellos es elegida por el *Bundestag* y la otra mitad por el *Bundesrat*. Por su parte, luego de la Ley de 1970, todos los jueces permanecerán en sus funciones por no más de doce años, y la edad máxima de los mismos no podrá exceder los 68 años. Los cargos no son renovables, así como tampoco son susceptibles de prolongación alguna. Por su parte, es la misma Ley del 12 de Marzo de 1951 la que establece, por adopción de los principios del artículo 94 de la ley fundamental, que la Corte es una jurisdicción independiente y autónoma de todos los otros órganos federales de la Federación. <sup>14</sup>

## 2- COMPETENCIA

La competencia de la Corte está establecida por el artículo 93 de la ley fundamental. Básicamente podría dividirse en cuatro grandes grupos: 1- contenciosa cuasi penal; 2- contenciosa de los derechos constitucionales o fundamentales; 3- contenciosa de las normas; y, 4- contenciosa de los litigios entre los órganos constitucionales. <sup>15</sup>

---

<sup>14</sup>- L. FAVOREU *Les Cours Constitutionnelles*, op. cit. n° 6, pág. 52 - 56.

<sup>15</sup>- Vid. J.-C. BEGUIN *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Paris, 1982, pág. 34.

La primera de estas categorías incluye los procedimientos por los cuales la Corte sanciona los atentados contra el orden constitucional. Es comprensiva de todos aquellos que por medio de abusos de su libertad de expresión atenten contra el orden democrático y liberal definido en la ley fundamental. <sup>16</sup> La segunda de las categorías tende por el contrario a la protección de los particulares y de las colectividades locales (municipios y agrupación de municipios) contra el Estado, con la finalidad de que éste último no invada la esfera de acción de los primeros. <sup>17</sup>

La tercera clase comprende los procedimientos de control jurisdiccional de la validez de las normas, y todos aquellos tendentes a mantener la coherencia del ordenamiento jurídico global. Dentro de las facultades de la Corte, se encuentra aquella de declarar con carácter general la constitucionalidad o inconstitucionalidad, y como consecuencia la nulidad de una norma por ser contraria a la norma fundamental. Pero dentro de esta facultad se distingue igualmente entre un control normativo concreto y otro abstracto. En el primero de ellos, si una corte considera inconstitucional una norma de cuya validez depende el fallo, suspenderá el procedimiento, y si se trata de la violación de la Constitución de un *Land* remitirá los actuados a la Corte Constitucional del *Land*; en cambio si la violación está referida a la Constitución Federal, remitirá el caso a la *B. Verf. G. G.*. Lo mismo sucederá en caso de violación de esta última norma por el derecho de un *Land*, así como de una incompatibilidad de la ley de un *Land* con una ley federal. Cualquiera sea el resultado del procedimiento constitucional vendrá publicado en el Boletín Oficial, con sus consecuentes efectos *erga omnes*.

---

<sup>16</sup>. Artículo 18 *Grundgesetz*. J.-C. BEGUIN *Le contrôle de la constitutionnalité des lois...*, op. cit. n° 15, pág. 35.

<sup>17</sup>. J.-C. BEGUIN *Le contrôle de la constitutionnalité des lois...*, op. cit. n° 15, pág. 36.

Para poner en acto el control abstracto se necesita la iniciativa del Gobierno Federal, de uno de los *Lander*, o de un tercio de los miembros del Congreso. Resulta necesario para realizar este planteamiento, la existencia de dudas acerca de la compatibilidad formal o material del derecho federal, o de un miembro de la federación con la Constitución. <sup>18</sup>

La última competencia de la Corte está referida a los conflictos entre los diferentes órganos constitucionales. Ellos comprenderán dichos conflictos producidos dentro de la estructura federal general, así como también los conflictos de este tipo que nascan dentro del seno de la federación. <sup>19</sup>

### 3- EFECTOS DEL PRONUNCIAMIENTO

En relación a las consecuencias de la declaración de la inconstitucionalidad por parte de la *B.Verf.G.G.* tiene en éste sistema características particulares. Es así que la sanción tipo es la anulación de la ley declarada ilegítima, dicha consecuencia ha obtenido de parte del legislador fuerza obligatoria, así como fuerza de ley (*Gesetzeskraft*). De todos modos la misma puede reunir diferentes características, desde la anulación total a la parcial. Por otra parte se debe observar que los poderes anulatorios son más extensos en los casos de inconstitucionalidad de normas requerida por los órganos políticos, y puede extenderse incluso hasta más allá de las disposiciones cuestionadas. En cambio, en el caso de un control concreto de normas, la

---

<sup>18</sup>- J.-C. BEGUIN *Le contrôle de la constitutionnalité des lois...*, op. cit. n° 15, pág. 37 - 38.

<sup>19</sup>- J.-C. BEGUIN *Le contrôle de la constitutionnalité des lois...*, op. cit. n° 15, pág. 38 a 40.

anulación alcanza solamente la disposición que debe ser aplicada para la resolución del caso concreto, y que ha motivado el control.<sup>20</sup>

En cuanto a la fuerza o valor jurídico de estas decisiones existen todavía serias controversias sobre las cuales no nos podemos permitir profundizar, pero simplemente referiremos que según la opinión de la propia Corte, sus pronunciamientos gozan de la fuerza de cosa juzgada tanto formal como material (*formelle und materielle Rechtskraft*). Distingue igualmente ésta última de la fuerza obligatoria (*Bindungswirkung*) de la cual también gozan sus pronunciamientos por gracia del poder legiferante.<sup>21</sup> Dicha fuerza obligatoria se extiende no sólo al dispositivo sino también a la motivación del fallo. Igualmente sólo quedarán incluidos dentro de esta fuerza obligatoria los motivos que sean interpretativos de la Constitución y no aquellos de la norma ordinaria. A este punto es muy importante destacar que raramente la Corte se permite el anular una ley en su totalidad, ésta situación se da en casos excepcionales. Paralelamente la Corte, a partir del 1955 ha limitado frecuentemente la posibilidad de anular la ley ilegítima, tratando de producir una adaptación a la Constitución por medio de la vía interpretativa (*Die verfassungskonforme Auslegung*), o bien por otros tipos de pronunciamiento de inconstitucionalidad sin declaración de nulidad, o inclusive por medio de las declaraciones de

---

<sup>20</sup>. Vid. L. FAVOREU *Les Cours Constitutionnelles*, op. cit. n° 6, pág. 64; J.-C. BEGUIN *Le contrôle de la constitutionnalité des lois...*, op. cit. n° 15, pág. 165 - 174.

<sup>21</sup>. Artículo 31 párrafo 1 de la Ley de 1951 sobre la Corte Constitucional.

inconstitucionalidad acompañadas de advertencias y consejos para ser absorbidos por el legislador. <sup>22</sup>

En relación a las consideraciones del momento en el cual la sentencia comienza a surtir sus efectos debemos remarcar que la nulidad será retroactiva, a partir del momento en que las dos normas han colapsado. La eficacia sería entonces *ex-tunc*, y el pronunciamiento de la Corte poseería un carácter declaratorio. Esta sería la posición tradicional. Pero ésta eficacia ha sido puesta en práctica de una manera relativa. Ello porque en la ley de 1951 existe una disposición por la cual se establece que los actos ya realizados en base a la norma declarada inconstitucional subsistirán, mientras que aquellos que no hayan pasado a la ejecución, deberán adaptarse a la nueva normativa. Como contrapartida en materia penal, este principio se ve despedazado. Así es que los procesos ya resueltos por medio de la aplicación de una ley penal ahora declarada inconstitucional, vendrán revisados. <sup>23</sup>

#### 4- NUEVOS TIPOS DE PRONUNCIAMIENTOS

El tema de los efectos temporales ha sido siempre - y lo sigue siendo - un grave problema a ser resuelto. Es por ello mismo que es destacable la impostación adoptada por el sistema alemán en relación al tema que nos ocupa. Ello ya que por medio de la jurisprudencia se ha dado lugar a una serie de

---

<sup>22</sup>- A estos nuevos tipos de pronunciamientos, que tienen una relevancia especial desde el punto de vista de los efectos temporales de la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad, nos referiremos en el próximo título.

<sup>23</sup>- Vid. S. STUHT "Il Bundesverfassungsgericht e il profilo tecnico delle sue pronunce", en *Quaderni Costituzionali* 1989, pág. 289.

nuevos pronunciamientos que se distinguen de la clásica dualidad constitucionalidad-inconstitucionalidad. Se ha intentado dar pasos intermedios, todos ellos tendentes a lograr la mayor eficacia del sistema de control de la constitucionalidad de las leyes.

De esta forma encontramos 1- las decisiones de simple conformidad a la Constitución; 2- las decisiones interpretativas de conformidad (*Verfassungskonforme Auslegung*); 3- de conformidad con apelación al Legislador (*Appellentscheidungen*); 4- a su vez éstas vienen acompañadas frecuentemente por un plazo dentro del cual se debe adaptar a la Constitución la disciplina de que se trate (*Fristsetzung*); 5- sentencias de nulidad absoluta que pueden ser de nulidad parcial o total; y por último 6- las decisiones de incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*) de la ley con la Constitución. Igualmente se podrían agregar las decisiones que pronuncian la incompatibilidad con la Constitución, por el solo hecho de la omisión del legislador (*Unterlassung des Gesetzgebers*). <sup>24</sup>

Las primeras constituyen el tipo tradicional que produce los efectos descriptos precedentemente, son el resto las que introducen una variante determinante en el sistema jurídico global. Así, por ejemplo las interpretativas de conformidad, aun no declarando la inconstitucionalidad de la norma poseen igualmente una fuerza vinculante general. La única limitación de la Corte en este caso es que el contenido de la norma no puede ser totalmente reformulado, así como tampoco los objetivos del legislador. Luego de la notificación a las partes o la publicación por medio de la oficina de publicaciones de la

---

<sup>24</sup>- A. A. CERVATI "Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali...", *op. cit.* n° 12, pág. 261.

*Bundesverfassungsgericht*, la interpretación rechazada por irregular será nula *ex nunc* y producirá todos los efectos generales antes delineados.<sup>25</sup>

Otro tipo de pronunciamiento sería aquel que no declarando todavía la inconstitucionalidad con la finalidad de evitar la nulidad de la disciplina, realiza una apelación al legislador para que el mismo modifique la ley adaptándola a la sentencia misma. Normalmente la Corte establecerá un plazo máximo dentro del cual la disciplina deberá ser cambiada, caso contrario la misma podrá repetir el control sobre la misma norma y declararla esta vez sí inconstitucional.<sup>26</sup>

En otras oportunidades la Corte declarará la ley en oposición a la Constitución (*unvereinbar*) pero sin declararla por el momento nula.<sup>27</sup> Las razones de la Corte para adoptar este tipo de sentencia pueden ser varios, entre ellos, por ejemplo, si dicho pronunciamiento representa una ingerencia dentro de la esfera legislativa; otro ejemplo sería el caso de que una declaración de nulidad acarrearía un vacío legislativo, alejándose aún más de esa forma de una situación de legitimidad constitucional fundamental. El presente tipo de sentencias goza igualmente de fuerza constitutiva y de efectos *erga omnes* y *ex nunc*, y los tribunales deberán suspender el tratamiento del caso concreto, en espera de la nueva disciplina proveniente del legislador.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup>- S. STUHTH "Il Bundesverfassungsgericht e il profilo tecnico delle...", *op. cit.* n° 23, pág. 290 - 291.

<sup>26</sup>- S. STUHTH "Il Bundesverfassungsgericht e il profilo tecnico delle...", *op. cit.* n° 23, pág. 291 - 292.

<sup>27</sup>- Posibilidad incluida por el legislador dentro de la ley sobre la Corte Constitucional (*BVerfGG*) en su artículo 31, párrafo 2, del 21 de diciembre de 1970.

<sup>28</sup>- S. STUHTH "Il Bundesverfassungsgericht e il profilo tecnico delle...", *op. cit.* n° 23, pág. 292 - 295.

En realidad estas variantes producidas por la jurisprudencia de la misma Corte, y luego en su mayoría recibidas por la reforma del año 1970, han provocado un cambio global de este sistema desde sus orígenes hasta la actualidad. De frente al comportamiento original de la Corte en la cual la opción se planteaba entre la constitucionalidad y la inconstitucionalidad, entre la validez y la nulidad de la norma cuestionada, la Corte por medio de su jurisprudencia ha logrado distinguir una serie de matices que han sido luego al menos parcialmente adoptados por el legislador. Fundamentalmente, la colaboración entre uno y otro poder permite seguramente un desarrollo más acompazado de la legislación de acuerdo a las necesidades existentes, y sobre todas las cosas, la aplicación viva de la norma fundamental.

## C- EL SISTEMA ESPAÑOL

Finalmente, en esta nuestra dispersión por los sistemas alternativos que se presentan en el continente Europeo, nos gustaría hacer alguna referencia al *judicial review* español. El sistema de control de la constitucionalidad en España se presenta fuertemente influenciado por los sistemas alemán e italiano. Es así que de la Constitución española refrendada popularmente en el 1978, surge que la misma lleva hasta sus últimas consecuencias el control de los actos derivados de los diferentes poderes públicos. Ella instaure un control de constitucionalidad de las leyes y actos con fuerza de tales, y configura una jurisdicción constitucional de las libertades públicas mediante el reconocimiento del recurso de amparo. El Tribunal Constitucional viene considerado entonces como un

---



órgano constitucional independiente y separado del poder judicial, pero con funciones jurisdiccionales de garantía de la constitucionalidad de las acciones estatales. Como órgano independiente goza también de la capacidad de autorregularse.<sup>29</sup>

## 1- ATRIBUCIONES Y COMPOSICION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Este Tribunal Constitucional no posee simplemente la facultad de llevar a cabo el *judicial review*, además será el encargado de resolver los conflictos entre los órganos superiores del Estado, los que surjan entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o entre éstas últimas, y la capacidad de decidir sobre los recursos de proteccion constitucional (*recursos de amparo*) de los derechos fundamentales.<sup>30</sup> Siendo por supuesto la primera de éstas competencias la que resulta de interés para nuestro trabajo. Este Tribunal Supremo se ve integrado por doce miembros los cuales poseen el título de Magistrados del Tribunal Constitucional. Su presidente será nombrado por el Rey de entre sus miembros, a propuesta del Tribunal en pleno y por un período de tres años. Consta de dos Salas, presididas una por el Presidente y la otra por el Vicepresidente del Tribunal.<sup>31</sup> No sólo el Tribunal Constitucional es capaz de revisar la constitucionalidad de las leyes, una facultad de revisar la legislacion pre-constitucional en forma difusa también existe en manos de todas las cortes de

---

<sup>29</sup>- Artículo 2,2 de la Ley Orgánica N° 2 de 1979.

<sup>30</sup>- Vid. J. GONZALEZ PEREZ Derecho Procesal Constitucional, Madrid, 1980, pág. 77 y 88.

<sup>31</sup>- Vid. P. BON - F. MODERNE - Y. RODRIGUEZ La Justice Constitutionnelle en Espagne, Aix-en Provence, 1984, pág. 42 - 50.

justicia. Esto es el resultado de la disposición Derogatoria N° 3, que establece que todas las disposiciones contrarias a lo que se dispone en la Constitución son susceptibles de ser revisadas.

## 2- VIAS DE ACCESO A LA CUESTION DE CONSTITUCIONALIDAD

En punto a la facultad de revisión de la constitucionalidad de las leyes, la misma puede ser ejercida a través de una acción directa o en vía incidental. Dicha facultad puede igualmente ser ejercida en forma indirecta por parte del Tribunal Constitucional si concierne a ciertos actos estatales, en una forma preventiva. Por ello se pueden distinguir en el sistema español cuatro formas de ejercer este control de constitucionalidad de las leyes o actos con fuerza de tales. El control directo de la legitimidad de las leyes o actos con fuerza de tales, garantizando la supremacía constitucional. El control incidental, que se desarrolla cuando un órgano considere, en el curso de un proceso, que la norma que debe ser aplicada para la resolución del caso bajo examen es contraria a la Constitución, en cuyo caso debe remitir la cuestión al Tribunal Constitucional con efectos suspensivos. En tercer lugar tenemos la vía indirecta, que se abre dentro de otro proceso constitucional ya en curso delante del Tribunal Constitucional, cuando dicho proceso no tenía como finalidad el control directo de la legitimidad de una norma. Ello puede suceder en casos de conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales, y en casos de recursos de protección de derechos fundamentales (*amparo*). La última posibilidad es el control preventivo. Por medio de él pueden venir revisadas leyes estatales o actos con fuerza de tales, tratados internacionales, leyes orgánicas y estatutos orgánicos de las Comunidades Autónomas.<sup>32</sup>

---

32. Vid. P. BON - F. MODERNE - Y. RODRIGUEZ *La Justice Constitutionnelle en Espagne*, op. cit. n° 30, pág. 74 - 136.

### 3- EFECTOS DE LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de una ley o acto con fuerza de tal producirá un efecto de carácter general (*erga omnes*), desde la fecha de la publicación en el Boletín Oficial del Estado, y con carácter restringido una vez ocurrida la notificación a las partes. Vinculan a todos los órganos del Estado, en particular cuando se trata de pronunciamientos derivados de un proceso en vía incidental, y en otros procesos vinculan al tribunal encargado de resolver la litis. El abanico de posibilidades de frente al Tribunal Constitucional es el siguiente: 1- declarar desestimado el recurso de inconstitucionalidad en vía incidental, en cuyo caso no podrá utilizarse la misma vía de acceso al Tribunal para replantear la cuestión; 2- estimar la acción y declarar la inconstitucionalidad, aun pudiendo basarse el Tribunal en la violación de otra norma constitucional no invocada por las partes, y dicha declaración podrá ser total o parcial: 2.1- en la primera situación declarará la nulidad de la norma, así como de todas aquellas que por su conexión merezcan el mismo fin, y 2.2- en caso de declaración de inconstitucionalidad parcial, declarará la validez de la ley en la parte no afectada por la ilegitimidad.<sup>33</sup>

Una vez que el Tribunal llega a la conclusión de que se encuentra de frente a una norma inconstitucional, debe declarar la nulidad de pleno derecho de la ley en cuestión por medio de su sentencia que poseerá efectos *ex tunc*. Esta sentencia asumirá el valor de cosa juzgada respecto al pronunciamiento del fallo, y en relación a la norma concreta de la decisión, a

---

33- Vid. J. GONZALEZ PEREZ *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. nº 29, pág. 244 - 247.

efectos que el legislador no se pueda permitir de repetir idénticamente una disciplina ya declarada irregular por contraria a la Constitución. Esta declaración asumirá fuerza de ley.<sup>34</sup>

Por lo tanto, las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no podrán permitir la revisión de procesos ya concluidos por medio de sentencia con fuerza de cosa juzgada. Esta regla general se encuentra de frente a dos excepciones: la primera está referida a los procesos penales en los que resulte una reducción de la pena, exclusión de la misma o limitación de la responsabilidad; y en segundo lugar, los procesos administrativos referidos a un procedimiento de sanción, para el caso que resulte una reducción de la sanción, exclusión o límite de la responsabilidad. En ambos casos, la sentencia declarativa de inconstitucionalidad hará sus efectos extensivos hasta abrazar las sentencias firmes dictadas con anterioridad en los procesos penales o administrativos. Por último, es de destacar que la sentencia emanada del Tribunal constitucional producirá igualmente el efecto de modificar y rectificar la doctrina jurisprudencial reinante hasta ese momento.<sup>35</sup>

Es así que nos hemos permitido hasta este momento sentar las bases, que aunque sintéticamente, contribuirán a una mayor comprensión del sistema italiano que pasaremos a analizar en profundidad. Evidentemente no se puede dejar de destacar la importancia que ha tenido, y que sigue teniendo, el sistema austríaco en el desarrollo y desenvolvimiento incluso actual de la justicia constitucional europea. Igualmente nos hemos referido al sistema alemán, que

---

34. Vid. R. BOCANEGRA SIERRA *El valor de las sentencias del Tribunal constitucional*, Madrid, 1982, pág. 235.

35. Vid. J. GONZALEZ PEREZ *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. nº 29, pág. 246 - 247.

por medio de sus cambios jurisprudenciales está dando nuevas sugerencias de gran interés en la materia que nos ocupa, y que probablemente serán absorbidas por los otros sistemas europeos. Así como por ejemplo el español, que aun siendo joven demuestra ser un ejemplo de buen funcionamiento y de enriquecimiento constante por absorción de la experiencia ya pasada de otros sistemas.



## **CAPITULO QUINTO**

**MARCO TEORICO: PRINCIPALES CARACTERISTICAS DEL SISTEMA DE  
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN ITALIA.  
DATOS POSITIVOS Y CORRIENTES DOCTRINALES**





## A- LA CONSTITUCION ITALIANA. SUS CARACTERES. GARANTIA DE SU SUPREMACIA.

Con carácter introductorio al presente capítulo, creemos oportuno referirnos a la caracterización general de la Constitución Italiana. Esto, no sólo porque contribuirá a clarificar cuál es el sistema de control de constitucionalidad de las leyes adoptado en este país, sino ya que también, en este sistema, dicho control tiene estrecha relación y depende directamente de la organización de la jurisdicción, establecida por la norma fundamental.

En punto a ello y como una de las características de la Constitución Italiana vigente, se observa que la misma está tipificada como una de las denominadas "*costituzione lunghe*" <sup>1</sup> y escrita. La explicación de dichas características, se encuentra en la intención de los constituyentes de regular en forma precisa y detallada todos los principios básicos y fundamentales de la convivencia en sociedad. <sup>2</sup> Así se puede observar que gran parte de sus principios generales <sup>3</sup> están dedicados a la disciplina, regulación y consagración de los derechos de los ciudadanos. <sup>4</sup>

En segundo lugar, se encuentra igualmente caracterizada por su rigidez, lo cual implica en primer término una mayor y mejor garantía de los valores

---

1- Vid. P. BARILE *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1983, pág. 92 y 155.

2- Cfr. P. BARILE, *op. cit. Istituzioni...* (nº 1), pág. 92 - 93.

3- Artículos 2 a 4, 6, 10, 13 a 54 de la Constitución Italiana.

4- Vid. L. PALADIN *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1989, pág. 22 - 23.

políticos y constitucionales adoptados por una comunidad estatal.<sup>5</sup> Simultáneamente, la rigidez implica que la Constitución no es susceptible de ser modificada por ley ordinaria emanada del Congreso, sino que su reforma sólo puede realizarse mediante la adopción de un proceso especial. Esto se traduce en una diferencia no sólo en el procedimiento de formación, sino también en el grado de fuerza y prevalencia de las leyes constitucionales o de reforma de la Constitución, y las leyes ordinarias, de tal modo, que las primeras prevalezcan sobre las segundas.<sup>6</sup>

Esta diferencia entre una normación y otra puede ser entendida, o bien, encuentra su fundamento, en la tutela de los derechos de las minorías<sup>7</sup>, ya que por medio de la misma, se evita la modificación de la base fundamental del ordenamiento por medio de la sola deliberación de las mayorías contingentes.<sup>8</sup> El procedimiento especial o reforzado, establecido para modificar la Constitución Italiana, se encuentra contemplado en su artículo 138, el cual reza:

*"Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei*

---

5- Vid. E. SPAGNA MUSSO *Diritto costituzionale*, Padova, 1976, pág. 103.

6- Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *op. cit. Diritto...* (nº 5), pág. 103.

7- Vid. E. SPAGNA MUSSO, *op. cit. Diritto...* (nº 5), pág. 104.

8- Obsérvese que el procedimiento de modificación de la norma fundamental se encuentra contemplado bajo el título "*Garanzie costituzionale*". En el mismo sentido H. Kelsen "*La garantie juridictionnelle de la constitution. (La Justice constitutionnelle)*", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, Vol. 45, 1928, pág. 252 - 253.

*componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione. Le leggi stesse sono sottoposte a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. La legge sottoposta a referendum non è approvata dalla maggioranza dei voti validi. Non si fa luogo a referendum se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere a maggioranza di due terzi dei suoi componenti."*

Ahora bien, aun existiendo esta posibilidad de reforma, la misma no puede ser total <sup>9</sup>, ya que como todo otro poder - que no sea la Constitución misma - debe ser entendido como constituido por ésta, debe desarrollarse dentro de los límites precisos establecidos en la norma fundamental. De lo hasta aquí expuesto resulta lógico deducir, que la competencia de éstas normas especiales es la materia constitucional, y su función principal, abrogar, sustituir, enmendar artículos de la norma fundamental, o bien, constitucionalizar objetos no contemplados hasta ese momento. <sup>10</sup>

Ahora bien, una vez elegida por el constituyente la configuración rígida de la Constitución, surgía el problema de decidir si como complemento y

---

<sup>9</sup>- Véase por ejemplo el artículo 139 de la Constitución Italiana, en el cual se prohíbe la modificación de la forma republicana de gobierno. "*La forma di governo non può essere oggetto di revisione costituzionale.*"

<sup>10</sup>- Aquí merecen mención las leyes constitucionales diferenciadas por su procedimiento de aprobación o revisión. A saber: a- leyes constitucionales reforzadas concernientes a la fusión de regiones existentes o creación de nuevas regiones ( art. 132 ); y, b- las leyes llamadas depotenciadas, como por ejemplo las disposiciones de estatutos regionales en materia de finanzas, que se pueden reformar sin la rigidez del artículo 138 de la Constitución.

garantía de esta rigidez se crearía o no, uno o más órganos específicos destinados a ejercer el control de la adaptación de las normas ordinarias a la norma fundamental. Este planteamiento surge naturalmente desde que no basta establecer la rigidez constitucional como principio, sino que es conveniente la instauración de un sistema de control de la conformidad de la normación de grado inferior con la Constitución, a efectos de no reducir a un mero grado teórico dicha adaptación. <sup>11</sup>

Por supuesto que la instauración de este tipo de control, no es una consecuencia necesaria derivada de la sola condición que la constitución goce de rigidez, pero sí la experiencia ha demostrado que es aconsejable; ya que no sólo logra la conformidad de la legislación ordinaria a la constitución, sino que por otra parte "...el legislador gigante no podría permanecer incontrolado sin peligro, como ha demostrado la evolución de un número creciente de países." <sup>12</sup> Así se establece en el ordenamiento italiano, que el control de la conformidad de los reglamentos a la constitución se adjudicará a los jueces comunes; y el control de la conformidad de las leyes a ésta última, se otorgará a un órgano especial: la Corte Constitucional. <sup>13</sup>

---

11- En ese sentido H. Kelsen sostiene en *"La garantie juridictionnelle...", op. cit. (nº 8),* pág. 250 que: *" Une constitution a laquelle la garantie de l'annulabilite des actes inconstitutionnelles fait défaut, n'est pas pleinement obligatoire, au sens technique."*

12- Vid. M. CAPPELLETTI *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, Mexico, 1987, pág. 43 y 309.

13- Vid. P. BARILE, *op. cit. Istituzioni...* (nº 1), pág. 93.

Otra característica de gran relieve de la Constitución italiana, es el tipo de república adoptado por su artículo primero, que establece que Italia es una república democrática con un gran acento sobre su carácter social, el cual se observa cuando en el art. 1 se agrega que esta república está "*fondata sul lavoro*."

Esta república es paralelamente de carácter parlamentario <sup>14</sup>, con un Presidente de la república que designa el gobierno, que es a su vez responsable frente a las cámaras - sistema reposado en el voto de confianza -. Pero goza de características especiales que la convierten en una "*repubblica Parlamentare atipica*" <sup>15</sup> ya que: a- el presidente de la república posee numerosos poderes de control, equilibrio y estímulo, entre los cuales se destaca el poder de veto suspensivo en sede de la promulgación de las leyes, el poder de mensaje libre y el nombramiento de un tercio de los jueces de la Corte Constitucional; b- se introduce la Corte Constitucional como contralor del legislador, órgano desconocido en regímenes parlamentarios clásicos; y c- se concede relieve constitucional al *Consiglio Superiore della Magistratura*, órgano que garantiza la separación de poderes y la independencia del Poder Judicial de cualquier otro poder. <sup>16</sup>

---

14. Véase art. 55 Constitución Italiana que consagra la existencia de un Congreso bicameral: Cámara de Diputados y Senado. "*Il Parlamento si compone della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Il Parlamento si riunisce in seduta comune dei membri delle due Camere nei soli casi stabiliti della Costituzione.*"

15- Cfr. L. PALADIN, *op. cit.* Lezioni di diritto... (nº 4), pág. 94.

16- Vid. L. PALADIN, *op. cit.* Lezioni di diritto... (nº 4), pág. 95.

Por último, y cerrando el círculo de las características más relevantes de la Constitución italiana, es de destacar el gran impulso que se otorga a la autonomía, tanto territorial <sup>17</sup>, como institucional de las comunidades intermedias ( entre ellas la familia ), y del individuo en particular, todos ellos como elementos esenciales para el desarrollo estatal.

## 1- LA CORTE CONSTITUCIONAL: CARACTERES Y UBICACION DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO ESTATAL. ENNUMERACION DE SUS FUNCIONES.

Brevemente caracterizada la Constitución italiana, es ahora nuestro objetivo hacer incapié sobre la Corte Constitucional, que como quedara aclarado en los párrafos precedentes, es el órgano especial establecido constitucionalmente, poseyendo como uno de sus principales objetivos y funciones, el control de la conformidad de las normas primarias a la norma fundamental. En éste sistema caracterizado o englobado dentro de los concentrados de control de la constitucionalidad de las leyes, también se destaca como en su modelo, la existencia de un órgano especial destinado a ejercer el control de constitucionalidad de las leyes inferiores; ese órgano especial establecido constitucionalmente, poseyendo como uno de sus principales objetivos y funciones, el control de la conformidad de las normas primarias a la norma fundamental es la **Corte Constitucional**.

---

<sup>17</sup>- Creación de regiones, comunas y provincias.

En primer lugar, no resulta ocioso explicitar que la Corte Constitucional es un órgano de nivel constitucional, y como tal, goza de todas las características de los mismos. <sup>18</sup> Igualmente es importante poner de relieve, que si se repasan prolijamente las disposiciones constitucionales relacionadas con este organismo, resulta fácil concluir que el mismo es el órgano supremo de garantía de la norma fundamental de la república. Su actividad es expresión del poder constituyente, que luego de crear la Constitución, permanece a través de la Corte Constitucional en pos de la salvaguardia del ordenamiento jurídico en su integridad. <sup>19</sup>

Dentro de su actividad, frecuentemente llamada jurisdicción o justicia constitucional, se pueden destacar dos funciones fundamentales: una función de control de constitucionalidad, con la cual determina si los actos sometidos a su juicio son o no acorde con la norma constitucional; y otra función de sanción respecto de los ilícitos de carácter constitucional, a través de la cual determina si los actos imputados a un determinado sujeto están considerados dentro de aquellos comprometedores de la estabilidad del ordenamiento republicano. Igualmente dicha Corte, resuelve los conflictos de atribuciones entre poderes del Estado, entre el Estado y las Regiones y entre las Regiones. Por último, la misma, también juzga acerca de la admisibilidad del referendum abrogativo.

---

<sup>18</sup>. La Corte es un órgano soberano, ya que no depende de ningún otro organismo; su estructura básica está dada por la Constitución (Título VI *Garanzie Costituzionali*, Sección I); igualmente es un órgano necesario e indefectible, que no puede ser mutado sin modificar al mismo tiempo el sistema todo.

<sup>19</sup>. Vid. F. PIERANDREI voz "Corte Costituzionale", en *Enciclopedia del diritto*, Vol. X, Milano, 1962, pág. 885.

En punto al control de constitucionalidad, ésta lo ejerce a través de una de sus competencias básicas, que es uno de los objetos del juicio sometido a la misma: la relativa a la controversia de la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley, del Estado y de las regiones. Así lo establece el artículo 134 de la Constitución: *"La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza de legge, dello Stato e delle regioni..."*.<sup>20</sup> Así, suscintamente encuadrada la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico estatal, y descriptas brevemente sus funciones, pasaremos a referirnos con más detalle a su competencia de mayor relieve.

## B- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN ITALIA. REFERENCIA A LOS DIVERSOS TIPOS DE PROCESOS.

No cabe duda que estamos haciendo referencia al control de constitucionalidad de las leyes, ejercido por la Corte Constitucional a través del

---

<sup>20</sup>. F. PIERANDREI *op. cit.* voz "Corte Costituzionale" (nº 19), pág. 875, incluye otras dos competencias de la Corte Constitucional dentro del control de constitucionalidad, ellas están referidas: a- a los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, entre los poderes del Estado y de las regiones, y entre las regiones ( artículo 134 de la Constitución italiana ); y, b- la referida a la admisibilidad de la solicitud de referendum abrogativo de las leyes ordinarias ( artículo 2 de la Ley constitucional nº 1 del 11 de Marzo de 1953 ). De la opinión contraria, y sostenedor de la teoría que cree que éstas dos manifestaciones de la competencia de la Corte no son en rigor expresión del control de constitucionalidad, es A. PIZZORUSSO, ver voz *"Garanzie costituzionali"*, en *Commentario della Costituzione. A cura di Giuseppe Branca*, Vol. Articoli 134 a 139, Roma-Bologna, 1981, pág. 1 y ss., en particular pág. 87 a 92.



medio de las garantías procesales, y otorgando para facilitar el acceso a la misma, una serie de vías, las que pasamos a desarrollar. Las vías previstas por el sistema de justicia constitucional italiano para someter las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, o de los actos con fuerza de tales, a la consideración de la Corte Constitucional son dos:

A- La primera, denominada en **vía incidental** <sup>21</sup>, surge cuando - en el trámite de un proceso en el cual se cuestiona la legitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley - la cuestión es elevada de oficio o a petición de las partes intervinientes en el juicio; la misma debe ser considerada relevante para la resolución del caso concreto y no siendo entendida por el juez manifiestamente infundada, se envía a la Corte constitucional para su decisión. Así lo dispone el artículo 1 de la ley Constitucional n° 1, *"Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte Costituzionale"* que establece: *"La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione."*

B- La segunda vía, llamada en **vía principal o en vía de acción** <sup>22</sup>, se pone en marcha, cuando el Gobierno de la república promueve una cuestión de

---

<sup>21</sup>- La denominación incidental tiene una connotación procesal directa, ya que la cuestión de inconstitucionalidad surge como un proceso derivado del principal, y que acarrea la suspensión del mismo hasta el pronunciamiento de la Corte Constitucional, para que la sentencia del caso concreto *sub-judice* sea resuelta conforme a los principios rectores dictados por la misma.

ilegitimidad constitucional de una ley regional que exceda la competencia de la región; o cuando en sentido contrario, la región promueve la cuestión de ilegitimidad constitucional de una ley o acto con fuerza de ley de la república, que invada la esfera de competencias de la región accionante; o cuando este mecanismo se activa entre regiones. Este sistema es válido para la defensa de la competencia legislativa de cada uno de los entes detallados. La misma se encuentra contemplada por el artículo constitucional 127 en sus párrafos 3 y 4 que rezan: *"...Il Governo della Repubblica, quando ritenga che una legge approvata dal Consiglio regionale ecceda la competenza della Regione o contrasti con gli interessi nazionali o con quelli di altre Regioni, la rinvia al Consiglio regionale nel termine fissato per l'apposizione del visto. Ove il Consiglio regionale la approvi di nuovo a maggioranza assoluta dei suoi componenti, il Governo della Repubblica può, nei quindici giorni della comunicazione, promuovere la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, o quella di merito per contrasto di interessi davanti alle Camere. In caso di dubbio, la Corte decide di chi sia la competenza."* E igualmente por el artículo 2 de la Ley constitucional nº 48 del 1948 cuyo texto transcribiremos a continuación.

#### 1.- El procedimiento en vía incidental:

Como ha quedado aclarado, este procedimiento surge en el curso de un proceso que se desarrolla ante una autoridad judicial, ya sea por iniciativa de los particulares intervinientes, o del juez que debe administrar justicia al caso concreto. <sup>23</sup> El planteamiento ante la Corte Constitucional debe obedecer al

---

<sup>22</sup>- En contraste con el otro canal de acceso a la Corte, este es independiente de cualquier otro proceso. Es un proceso autosuficiente que está destinado a resolver la cuestión planteada, ya sea por el Gobierno de la república, o bien por la región o regiones afectadas.

<sup>23</sup>- Es de gran importancia la iniciativa de parte, ello, para que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no sólo quede librado al subjetivo criterio judicial.

hecho que la cuestión de la supuesta inconstitucionalidad, tenga incidencia en la resolución del caso concreto sometido a dirimición.<sup>24</sup> O sea, que esta cuestión, está caracterizada por la instrumentalidad, en punto a que con la desaplicación de la norma, se logrará una resolución del caso específico en concordancia con la Constitución.<sup>25</sup>

Una vez presentada la cuestión, el juez sólo la transmitirá a la Corte Constitucional cuando determine que la causa concreta - sometida a su juzgamiento - no puede ser resuelta sin aplicación de la norma cuestionada ( relevancia de la cuestión ); y que el motivo considerado como causante de la inconstitucionalidad de esa cierta norma, no se encuentre manifiestamente infundado, lo cual significa que el razonamiento de fundamentación debe ser suficiente para demostrar la contradicción entre la ley de que se trate y la Constitución.

## 2.- El procedimiento en vía principal:

Es conveniente en este punto, hacer una división de los tres recursos existentes:

### - Recursos del Estado contra leyes regionales:

Este es un control preventivo que se desarrolla de la siguiente manera: toda ley aprobada por el Consejo Regional, debe comunicarse al

---

<sup>24</sup>- Es por ello que el proceso quedará suspendido hasta el efectivo pronunciamiento de la Corte.

<sup>25</sup>. Vid. G. ZAGREVELSKY *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pág. 84. Con esta instrumentalidad se intenta tamizar el planteamiento de cuestiones netamente políticas.

Comisario del gobierno <sup>26</sup> a los efectos que el mismo de su visto. Simultaneamente el Estado puede reenviar la ley al Consejo Regional para una nueva deliberación. Si la misma es reprobada por mayoría absoluta de los miembros del Consejo, el Gobierno puede impugnar la ley de frente a la Corte Constitucional. La ley en cuestión sólo entrará en vigor, si el control estatal es positivo en favor de la norma, o si la Corte Constitucional rechaza la cuestión de inconstitucionalidad.

**- Recurso de las regiones contra leyes del Estado o de otras regiones:**

En este punto, en virtud de la identidad del trámite de la acción de una región contra leyes del Estado y de una región en contra de leyes de otra región, se tratarán los dos recursos conjuntamente. Al respecto, resulta

---

<sup>26</sup>- El mismo, es un órgano de representación y control del Estado en las regiones. Al respecto, los artículos 124 y 127 de la Constitución Italiana disponen respectivamente:

Art. 124: *"Un Commissario del Governo, residente nel capoluogo della Regione, soprintende alle funzioni amministrative ascrivate dallo Stato e le coordina con quelle esercitate dalla Regione"*. Art. 127: *"Ogni legge approvata dal Consiglio regionale è comunicata al Commissario che, salvo il caso di opposizione da parte del Governo, deve vistarla nel termine di trenta giorni dalla comunicazione. La legge è promulgata nei dieci giorni dalla apposizione del visto ed entra in vigore non prima di quindici giorni dalla sua pubblicazione. Se una legge è dichiarata urgente dal Consiglio regionale, e il Governo della Repubblica lo consente, la promulgazione e l'entrata in vigore non sono subordinate ai termini indicati. Il Governo della Repubblica, quando ritenga che una legge approvata dal Consiglio regionale ecceda la competenza della Regione o contrasti con gli interessi nazionali o con quelli di altre Regioni, la rinvia al Consiglio regionale nel termine fissato per l'apposizione del visto. Ove il Consiglio regionale la approvi di nuovo a maggioranza assoluta dei suoi componenti, il Governo della Repubblica può, nei quindici giorni dalla comunicazione, promuovere la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, o quella di merito per contrasto di interessi davanti alle Camere. In caso di dubbio, la Corte decide di chi sia la competenza."*

apropiado, en virtud de la claridad de la norma que regula estos dos supuestos, la transcripción de la misma.

Artículo 2 de la Ley constitucional nº 1, del 9 de febrero de 1948:

*"Quando una regione ritenga che una legge od atto avente forza di legge della Repubblica invada la sfera della competenza ad essa assegnata dalla Costituzione, puo, con deliberazione della della Giunta Regionale, promuovere l'azione di legittimita costituzionale davanti alla Corte, nel termine di 30 giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente forza di legge.*

*Una legge d'una Regione puo essere impugnata per illegittimita costituzionale,...anche da un'altra Regione, che ritenga lesa da tale legge la propria competenza. L'azione e proposta su deliberazione della Giunta regionale, entro 60 giorni dalla pubblicazione della legge."*

Luego de este desarrollo, concluimos que evidentemente nos encontramos ante una variante del modelo concentrado de justicia constitucional planteado como clásico, conclusión que surge espontáneamente al observar las características descritas; y del cual estudiaremos uno de sus aspectos más intrincados.

## C- EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DECLARATORIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

### 1- DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD:

La sentencia estimatoria, entendiendo por tal aquella que es favorable a la impugnación realizada de una ley o acto con fuerza de ley, o de las

normas contenidas en ellas <sup>27</sup> en punto a su constitucionalidad, declara - según lo establecido en el artículo 136 de la Constitución italiana - "...l'illegittimità costituzionale..." de dicha disposición, cesando la misma "...di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione." Esto significa que la Corte retiene como fundado el motivo de la inconstitucionalidad en el cual se ha basado la "ordinanza di rimessione" del juez *a quo* - o del recurso directo en su caso -, con lo cual declara la incompatibilidad de la ley con la Constitución <sup>28</sup>.

El artículo 136 <sup>29</sup> para ser comprendido con exactitud, debe ser analizado conjuntamente - como desarrollaremos a lo largo de nuestro estudio - en coordinación con el artículo 30 párrafo 3 de la ley N° 87 del año 1953, *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*, el cual establece que: "Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione."

---

<sup>27</sup>- En relación a la posibilidad de subdividir el texto de una ley en una diversidad de normas derivadas de ella, por exceder el mismo los límites de este estudio, nos permitimos remitir para su tratamiento en profundidad, a la obra de F. MODUGNO "I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale", en *Quaderni Costituzionali*, Vol. 1989, pág. 37 y ss.; y de L. MONTESANO "Le sentenze costituzionali e l'individuazione delle norme", en *Riv. dir. proc.* 1958, pág. 526 y ss.

<sup>28</sup>- Cfr. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.* *La giustizia...* (n° 25), pág. 146 - 147.

<sup>29</sup>- Artículo 136 de la Constitución italiana: "Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali."

De lo hasta aquí expuesto surge claramente el efecto *erga omnes* del pronunciamiento de la Corte constitucional, que aunque aquí venga remarcado, ocupará una parte especial del presente capítulo. Por otra parte, éste pronunciamiento no admite ignorancia, ya que es para evitar la misma, que se dispone la publicación de la decisión, como surge de los dispositivos legales mencionados. Así, nos dedicaremos ahora a referir a los distintos efectos derivados de la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de una ley en Italia, con la salvedad de los efectos temporales de la misma, a los cuales por ser el tema central de nuestro trabajo, haremos referencia específicamente en los capítulos sucesivos.

## I- NATURALEZA DE LA DECLARACION

Resulta difícil adentrarse en este problema, no sólo en virtud de la carencia de una explicación coherente de la legislación en relación a la naturaleza atribuible a la declaración de inconstitucionalidad, sino además por la diversidad de opiniones existentes en la doctrina. Sobre el punto contamos solamente con las dos normas mencionadas - artículo 136 de la Constitución y artículo 30 de la ley nº 87 -, y aún interpretadas complementariamente, no otorgan las pautas necesarias para determinar claramente la naturaleza jurídica de la declaración de inconstitucionalidad.

Es importante resaltar que nos encontramos ante dos problemas fundamentales e interconectados entre sí, de tal forma que abordaremos ambos simultáneamente. Nos estamos refiriendo, en primer lugar, a la caracterización atribuible a la norma declarada inconstitucional, o sea a la determinación si la misma es nula-inexistente o anulable; y en segundo lugar, a la naturaleza jurídica

atribuible a la declaración de inconstitucionalidad, si la misma es declarativa de un vicio preexistente, o si es constitutiva del mismo.

Aún reconociendo el carácter dificultoso de este tema, la Corte constitucional se ha referido al mismo en varios de sus pronunciamientos <sup>30</sup>, y extraemos su idea fundamental de la sentencia nº 127 del año 1966 <sup>31</sup>, en la cual la Corte expresa:

*"Il riconoscimento del carattere generale, obbiettivo ed erga omnes degli effetti derivanti della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma mal si concilia con le regole che disciplinano l'abrogazione, per la quale rimane pienamente valida la norma abrogata fino alla entrata in vigore di quella abrogante, mentre la dichiarazione di illegittimità colpisce la norma fin dalla sua origine, eliminandola dall'ordinamento e rendendola inapplicabile ai rapporti giuridici, presentandosi con carattere sostanzialmente invalidante, sicché le conseguenze della dichiarazione stessa sono assimilabili a quelle dell'annullamento..."*

Nos hemos permitido igualmente recurrir a una sentencia de la Corte de Casación italiana que resulta adecuada para conocer su opinión jurisprudencial al respecto. La misma sostiene:

*"La dichiarazione di illegittimità costituzionale, avendo per presupposto l'esistenza di un vizio che inficia fin dall'origine la norma in contrasto con*

---

<sup>30</sup>- Sentencia nº 1 de 1956, en Giur. cost. 1956, Vol. I, pág. 1; nº 43 de 1957, en Giur. cost. 1957, pág. 525; nº 4 de 1959, en Giur. cost. 1959, pág. 22; nº 1 de 1962, en Giur. cost. 1962, pág. 1.

<sup>31</sup>- Giur. cost. 1966, pág. 1699.



*il precetto costituzionale, ha efficacia invalidante e non abrogativa, producendo conseguenze simili a quelle dell'annullamento."* 32

Como se aprecia luego de analizar estos pronunciamientos, la Corte sostiene que no se puede equiparar la declaración de ilegitimidad constitucional a una abrogación, ya que esta, pone de relieve un vicio existente desde el nacimiento de la norma en cuestión y la elimina del ordenamiento jurídico con carácter invalidante y sus efectos son similares a la anulación. O sea, que ésta sentencia sería de carácter declarativo, y la norma declarada inconstitucional sería considerada inválida.

La doctrina, por su parte está sumamente dividida en este punto. Así, la tesis más próxima a la jurisprudencia de la Corte estaría sostenida por Sandulli, para quien la inaplicación de la ley ilegítima se verifica según los esquemas de la anulación, en consecuencia del pronunciamiento de la Corte constitucional. Si bien tal verificación es declarativa de ilegitimidad, el efecto de anulación se logra con la adición de elementos integrativos de la sentencia como la publicación y la *vacatio legis* que son decisivos. Finaliza sosteniendo que en substancia estamos frente a un verdadero efecto de anulación, ya que el venir a menos *ex-tunc* y total de la eficacia de la ley, presupone la verificación, como obra de un acto jurídico de la invalidez de la misma, todo ello característico de una anulación. 33

---

32- Cass., 12 novembre 1984, Galeotti, en *Riv. pen.* 1985, pág. 1119.

33. Vid. A. SANDULLI, "Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi", en *Riv. trim. dir. pubb.* 1959, pág. 42 - 43. De la misma posición doctrinal es N. LIPARI quien en "Orientamenti in tema de effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale", en *Giust. civ.* 1963, Vol. II, pág. 2233 - 2234; sostiene que se está en presencia de una

En cambio, por el carácter declarativo de la sentencia estimatoria, pero por el carácter de nula de la ley declarada ilegítima, se pronuncia Garbagnati.<sup>34</sup> Este autor con el fin de apuntalar la tesis de la nulidad, establece que la Corte constitucional ejerce una jurisdicción declarativa como resulta del artículo 136 de la Constitución. La sentencia es meramente declarativa, tanto si declara la legitimidad como la ilegitimidad constitucional de la norma cuestionada. Ello, ya que la Corte declara que una ley es priva de eficacia jurídica desde su origen, en cuanto emanada en contra de preceptos constitucionales. La misma sentencia tiene como efecto directo el de declarar qué leyes son contrarias, en su forma o contenido, a la Constitución, y resolver el problema de su valor efectivo, declarándola jurídicamente ineficaz desde su emanación, ya que no pueden adquirir valor de una norma jurídica aquellas normas legislativas en conflicto con la norma suprema.

En ésta misma corriente se enrola Liebman<sup>35</sup>, quien sostiene que en el caso en estudio no se puede hablar ni de derogación - ya que es un efecto producido por una ley, categoría en la cual no se puede colocar la consecuencia automática de un juicio de invalidez de una norma, que como aditivo tiene efectos retroactivos que no se observan en la derogación -, ni de anulación - que resulta inconcebible en relación a un acto de por sí nulo -. Comparte el

---

verdadera anulación, ya que la caída *ex-tunc* total de la eficacia de la ley presupone necesariamente un pronunciamiento, y ésto es característico de una anulación.

<sup>34</sup>- Vid. E. GARBAGNATI, "Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", en Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, Vol. IV, Padova, 1950, pág. 198 - 199.

<sup>35</sup>- Cfr. E. T. LIEBMAN, "Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", en Riv. dir. proc. 1957, pág. 512/13/14.

pensamiento de Esposito <sup>36</sup>, para quien las leyes inconstitucionales son ejecutorias, pero no obligatorias, y el efecto de la sentencia de la Corte constitucional sería precisamente privarla de ejecutoriedad.

A esta tesis del carácter declarativo de la sentencia de la Corte, se sigue que desde el día sucesivo a la publicación, los jueces deben regularse como si la norma nunca hubiese existido, y no pueden aplicarla a ningún caso ni futuro, ni pasado, con excepción de las situaciones concluidas.

Partidarios de la naturaleza constitutiva de estas sentencias, sosteniendo a su vez el carácter anulable de la ley inválida por inconstitucionalidad, entre otros <sup>37</sup>, se encuentra Abbamonte <sup>38</sup>, quien entiende ésta sea la tesis correcta, ya que toda ley debidamente deliberada y promulgada entra en vigor, luego del decimoquinto día de su publicación ( art. 10 Codice Civile italiano ). Por tal razón, el juez común no tiene ninguna posibilidad de desaplicar una ley eficaz aunque ilegítima; el solo surgir de una duda sobre su legitimidad lo obliga a remitir la cuestión a la Corte constitucional, quien es la legitimada para declarar la inconstitucionalidad con la consecuencia debida, establecida por el art. 136 de la Constitución. Como consecuencia de esta tesis, se hablaría de una existencia y vigencia de la ley hasta el dictado de la sentencia de

---

36- Vid. C. ESPOSITO, "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia", en La Costituzione Italiana - Saggi, Padova, 1954, pág. 270 - 271.

37- Vid., C. MORTATI, "Questioni sul controllo di costituzionalità della legge", en Foro amm. 1948, Vol. I; G. ABBAMONTE, Il processo costituzionale italiano. Il sindacato incidentale, Napoli, 1957; G. AZZARITI, "Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi", en Riv. dir. proc. 1950; P. CALAMANDREI, L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile, Milano, 1950.

38- Vid. G. ABBAMONTE, Il processo costituzionale... op. cit. (nº 37), pág. 170.

la Corte, la cual poseerá efectos retroactivos con excepción también de las situaciones ya reguladas.

Por último, observamos una postura intermedia sostenida por Pierandrei, para el cual el problema se plantearía al pretender hacer referencia a la clasificación procesal entre sentencias declarativas y constitutivas. A su criterio, no se puede decir que la sentencia declarativa de inconstitucionalidad pueda ser tipificada ni en una ni en otra de las clasificaciones premencionadas. Ella es declarativa en tanto comprueba que una norma legislativa es contrastante con la Constitución pero no la anula; pero esta afirmación no es un fin en sí misma, e implica una consecuencia directamente querida del sistema; la pérdida de su eficacia. Por lo tanto, se puede afirmar que *"tali sentenze si collocano in una posizione intermedia fra quelle puramente dichiarative e quelle costitutive: e non sembra ingiustificato attribuire loro la qualifica di sentenze di accertamento costitutivo"*.<sup>39</sup>

A la misma conclusión llega Zagrebelsky<sup>40</sup>, pero con una ligera diferencia de argumentación. La sentencia de declaración de inconstitucionalidad puede calificarse de *"pronunce di accertamento con effetti costitutivi"* ya que son de clarificación porque disipan una duda, confirmando y sancionando un vicio preexistente, pero - y he aquí la diferencia - no corresponde a la Corte constitucional disponer ninguna consecuencia a su sentencia; los efectos constitutivos o innovativos del ordenamiento jurídico son establecidos por el artículo 136 de la Constitución. Luego de la sentencia pronunciada por la Corte, se sigue la pérdida de su eficacia.<sup>41</sup> Según el mismo autor, esto es

---

<sup>39</sup>- Cfr. F. PIERANDREI, voz "Corte costituzionale", *op. cit.* (nº 19), pág. 967 - 968.

<sup>40</sup>- Vid. G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, *op. cit.* (nº 25), pág. 258 - 259.

coherente en virtud de la función negativa-eliminativa del sistema de control de constitucionalidad italiano. Esto, aparte de considerar que con el pronunciamiento de la Corte, solamente se abre el problema, que debe ser continuado con la actividad interpretativa o legislativa para crear una norma conforme al ordenamiento, que llene el vacío normativo dejado por la norma eliminada.

A lo expuesto se debe agregar que, Pierandrei - y en la misma salvedad creemos debe encuadrarse a Zagrebelsky - previendo que la ley pierde eficacia luego de la decisión de la Corte, presupone que la norma está vigente y consecuentemente parece inclinarse a favor de la tesis de la invalidez, postulando que ciertas consecuencias deben permanecer con valor, siempre y cuando no sean susceptibles de remoción. También para Cappelletti <sup>42</sup>, parece decisiva la circunstancia que el acto se muestre privado de algún efecto por parte del juez para que su pronunciamiento deba ser considerado afectado de invalidez relativa ( anulabilidad ) y no de nulidad. <sup>43</sup>

Logicamente no resulta trabajo fácil el determinar qué solución es la correcta y cuál no lo es; pero creemos que hay algunas características que se deben resaltar. Surge, en primer lugar, de las disposiciones legales mencionadas, y que rigen la materia - aunque indirectamente - que es necesario el

---

<sup>41</sup>. Corresponderá a los jueces ordinarios aplicar el artículo 136, y concretar el efecto por él previsto. Este dispositivo implica la automaticidad del efecto de la sentencia, en orden a la vigencia de la ley inconstitucional.

<sup>42</sup>. Vid. M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, pág. 42.

<sup>43</sup>. En ésta última tesis puede encuadrarse M. S. GIANNINI, "Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme", en *Giur. cost.* 1956, pág. 902 y ss..

pronunciamiento de la Corte y la publicación del mismo, con el fin que la cesación de eficacia de la norma comience a surtir efectos; y al mismo tiempo no se puede dejar de reconocer que una ley o acto con fuerza de tal, no puede ser jamás considerada como obligatoria y válida en cuanto contraria a la Constitución de la Nación. Por lo tanto, parece ser que la posición más adecuada es la tesis mixta o ecléctica, que observa en la sentencia estimatoria de la Corte Constitucional una naturaleza declarativa, pero con consecuencias o efectos constitutivos establecidos en forma directa por el ordenamiento jurídico vigente. Como consecuencia, la sentencia declarará la existencia del vicio desde el origen o nacimiento de la norma; y la norma fundamental constituirá los efectos de dicho pronunciamiento.

## II- INCIDENCIA DE LA ELIMINACION DE LA NORMA SOBRE EL ORDEN LEGISLATIVO VIGENTE:

Sobre el punto, no contamos con una clarificación legislativa de la situación, simplemente el artículo 136 de la Constitución establece que, al declarar la Corte la ilegitimidad constitucional de una norma de ley o un acto con fuerza de tal, esa norma cesa de tener eficacia desde el día sucesivo a la publicación de la decisión, y que ésta decisión es publicada y comunicada a las Cámaras y a los Consejos regionales interesados.

Por su parte el artículo 27 de la ley nº 87 del año 1953 especifica, que cuando la Corte acoge una instancia o recurso relativo a una cuestión de legitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley, declara, dentro de los límites de la impugnación, cuales son las disposiciones legislativas ilegítimas. *"La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a*

*questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza della decisione adottata."* Por último, el artículo 30 de la misma ley, párrafo 3, establece que la norma declarada inconstitucional no puede tener aplicación a partir del día sucesivo a la publicación de la decisión.

No creemos que el silencio de las leyes sobre cuál es la incidencia de la eliminación de la norma inconstitucional sobre el ordenamiento jurídico, pueda ser considerado como un vacío legislativo; ya que lo que realmente importa es que una vez declarada por la Corte la ilegitimidad de una norma, la misma deja de tener eficacia hacia el futuro y pierde aplicación en relación a los hechos acaecidos en el pasado, aún no concluidos o regulados definitivamente. Esa es principalmente la función de la Corte, la de detectar las contradicciones entre la Constitución - norma rectora del sistema - y la normación que de ella deriva - la cual necesariamente debe adaptarse a la segunda -. Para el caso que exista una contradicción, la Corte deberá hacerla efectiva y evidente por medio de su sentencia ( art. 27 ley nº 87 ), la cual una vez publicada, por efecto de la misma Constitución ( art. 136 ) y de una norma derivada y concordante con ella ( art. 30 párrafo 3, ley nº 87 del 1953 ), perderá su eficacia, con lo cual se reestablecerá la armonía dentro del ordenamiento jurídico.

Luego, el hecho de si estamos ante el ejercicio de una función legislativa y como consecuencia ante una derogación, o ante el ejercicio de una función jurisdiccional y ante una anulación, son definiciones que no corresponden a la legislación especificar, ya que no es su función la de definir conceptos, sino la de regular situaciones. Por lo tanto tocará a la doctrina resolver éstas cuestiones, de las cuales, no podemos dejar de reconocer su importancia para aclarar algunos problemas de no poca relevancia, como son los de si nos

encontramos ante una corte que tiene la facultad de derogar una norma, o si se encuentra ejerciendo facultades legislativas; con lo cual existiría una superposición en el ejercicio de funciones constitucionales diversas.

Resulta interesante a este punto, poner de relieve la opinión de un ex-Presidente de la Corte - Gaetano Azzariti - pronunciada en el discurso inaugural del segundo año de actividad de la Corte constitucional, a efectos de conocer durante una etapa determinada, la orientación de la misma, ya que no es un tema que haya asumido específicamente en muchas oportunidades. El mismo sostuvo que:

*"...La decisione che sarà data dalla Corte ... se dichiara illegittima la legge, avrà efficacia anche per tutti gli altri giudizi presenti e futuri, sopprimendo addirittura la legge ritenuta illegittima costituzionalmente. E per questo che le decisioni della Corte si distinguono da ogni pronuncia di organi giurisdizionali e assumono carattere quasi legislativo, come da parecchi è affermato, e in ogni caso un carattere che le pone fuori dal quadro strettamente giurisdizionale, come del resto è fuori di questo quadro l'organo dal quale provengono, che è un organo costituzionale."* <sup>44</sup>

Por su parte, la Corte, en un pronunciamiento posterior a este discurso <sup>45</sup>, puso de relieve que la misma ejercita esencialmente una función de control constitucional, de suprema garantía de la observancia de la Constitución de la Republica por parte de los órganos constitucionales del Estado y de las

---

<sup>44</sup>. "Discorso del Presidente Azzariti nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte", en Giur. cost. 1957, pág. 886.

<sup>45</sup>. Sentenza 23 marzo 1960 N° 13, Giur. Cost. 1960, Pág. 130 - 131.



regiones. Sosteniendo que es verdad que su actividad se desarrolla según la modalidad y de acuerdo a las garantías procesales, remarca que todo ello "...riguarda soltanto, però, la scelta del metodo considerato più idoneo dal legislatore costituente..." para lograr la colaboración de los sujetos y órganos mejor informados y más sensibles respecto a las cuestiones por resolver, y a las consecuencias de la decisión. Por último, cree que se deba rechazar la opinión para la cual la Corte estaría incluida entre los órganos judiciales, ordinarios o especiales, ya que "...tante sono, e tanto profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali." La opinión de la Corte es clara, se considera a sí misma como un órgano de control, que ha elegido para el ejercicio de su función, el medio más adecuado a la misma, a los fines de obtener un buen funcionamiento: el método de las garantías procesales.

En doctrina, a pesar que la corriente mayoritaria coincide en aceptar el carácter jurisdiccional del pronunciamiento de la Corte <sup>46</sup>, igualmente observamos afirmaciones en el sentido de su naturaleza legislativa <sup>47</sup>, y por

---

<sup>46</sup>- Entre la doctrina podemos mencionar a F. PIERANDREI, voz "Corte costituzionale", *op. cit.* (nº 19); G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano...*, *op. cit.* (nº 37); E. T. LIEBMAN, "Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", *op. cit.* (nº 35); M. S. GIANNINI, "Alcuni caratteri della giurisdizione ...", *op. cit.* (nº 43); E. GARBAGNATI, "Sull'efficacia delle decisioni...", *op. cit.* (nº 34); C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Nona Ed., Vol. II, Padova, 1975, pág. 1364 y ss.; y por la tesis de la jurisdicción voluntaria M. CAPPELLETTI, "Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata", en *Riv. dir. proc.* 1956, Vol. I; G. BALLADORE PALLERI, "Effetti e natura delle sentenze della Corte costituzionale", en *Riv. dir. proc.* 1965.

<sup>47</sup>- Vid., H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la constitution...", *op. cit.* (nº 8); y en doctrina italiana P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale delle leggi...*, *op. cit.* (nº 37); C. CERETI, "Funzione legislativa e controllo di legittimità", en *Riv. trim. dir. pubbl.* 1958, pág. 27 y ss..

último una tercera posición sostiene que la Corte diverge directamente del ordenamiento vigente <sup>48</sup>. Pasemos al análisis de ellas.

Ocupa en este punto un lugar muy importante la opinion de H. Kelsen, en cuanto padre de la Justicia Constitucional europea. Para este autor, anular una ley, es establecer una norma general, por lo tanto la anulación de una ley posee la misma cracterística de generalidad que su confección y "*...n'étant, pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative*". Extrae como consecuencia, que un tribunal que posee el poder de anular leyes, es consecuentemente un órgano que se asimilaría al Poder legislativo, y es allí donde observaría una de las mayores objeciones a la instauración de un sistema de justicia constitucional, en la superposición entre Poder Legislativo y el órgano de control de la constitucionalidad. Pero, dicha objeción o dificultad se ve zanjada, por la diferenciación existente entre confección o creación y anulación de leyes. En efecto, en la primera, el legislador se encuentra vinculado por la Constitución solamente en relación al procedimiento, y de una forma excepcional en cuanto a los contenidos de las leyes que él debe dictar, y sólo por los principios o directivas generales; en cambio, la actividad del legislador negativo de la jurisdicción constitucional, al contrario, está absolutamente determinado por la Constitución. De esa forma se observa que el legislador posee gran margen de libertad, mientras que el encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes, como contrapartida,

---

<sup>48</sup>- Vid., P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, en *Studi in onore di E. Crosa*, Milano, 1960, Vol. I, pág. 39 y ss.; C. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1957; N. JAEGER, "Sui limiti dell'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", en *Riv. dir. proc.* 1958, Vol. I, pág. 365 y ss.; V. CRISAFULLI, "La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento", en *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Vol. IV, Padova, 1958, pág. 275 y ss..

tiene un campo de acción sumamente limitado. <sup>49</sup> Es por ello, que si bien inicialmente el planteamiento de una tal objeción sería legítimo, la misma se desvanece al observar con detalle las características de una y otra actividad. Por ello Kelsen concluye que más allá de encontrarnos frente a una violación de la separación de poderes, la introducción de un órgano que controle la constitucionalidad, nos permite reforzar las ventajas que dicha garantía trae como consecuencias: una aseguración del efectivo cumplimiento de la Constitución por parte de los poderes estatales.

En la primera etapa del análisis realizado por Kelsen se detiene A. Sandulli, quien en ésta energía antagónica a la norma, haciendo referencia a la sentencia declarativa de inconstitucionalidad proveniente de la Corte, observa una identificación con la eliminación que el legislador podría hacer de una norma dada del ordenamiento jurídico. Luego, el hecho que se trate de una fuerza con dirección únicamente negativa, aparte de ser relativo, ya que en virtud de la imposibilidad de lagunas en un sistema, la materia se regulará con el resultante de la coordinación necesaria de los otros elementos del sistema, nada obsta a sostener el primer principio enunciado. Luego de declararse partidario de la naturaleza legislativa del pronunciamiento de la Corte constitucional, sostiene por otra parte, que no cabe duda que el carácter jurisdiccional de la función de la Corte es igualmente innegable. Con lo cual para este autor, la naturaleza del pronunciamiento sería legislativo, emanado en el ejercicio de una función jurisdiccional. <sup>50</sup>

---

<sup>49</sup>- Vid. H. KELSEN, *"La garantie juridictionnelle...", op. cit.* (nº 8), pág. 223/24/25/26.

<sup>50</sup>- Vid. A. SANDULLI, *"Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale...", op. cit. supra* (nº 32), pág. 44/45/46.

O sea que, a pesar de que la Corte ejercería una función legislativa con carácter negativo, - en virtud que a su sentencia se sigue la desaplicación de la norma, y debido a la incidencia que la misma tiene sobre las fuentes del derecho - el método o medio utilizado es la jurisdicción, es decir, el de las garantías procesales.<sup>51</sup> Parece igualmente resultar consecuencia necesaria a esta tesis, que al reconocerle naturaleza legislativa a los pronunciamientos de la Corte, debe seguirse que los mismos poseerán el carácter de fuente del derecho, como refiere A. Pizzorusso haciendo alusión a las sentencias llamadas aditivas o sustitutivas.

Por su parte, sostenedores de la tesis contraria y mayoritaria, o sea la de la naturaleza jurisdiccional del pronunciamiento de la Corte constitucional, son entre otros: E. Garbagnati<sup>52</sup>, quien encuentra en el juicio de legitimidad

---

51. A esta misma corriente de pensamiento pertenece P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi...*, op. cit. (nº 37), pág. 59 a 71, quien negándole a la Corte constitucional su carácter de órgano jurisdiccional, la califica como un órgano "superlegislativo". Basa su tesis en que la sentencia de la Corte no importa la aplicación de una norma jurídica a un caso concreto, sino que por sus efectos generales, y no retroactivos, tiene los alcances de un acto legislativo, y más claramente de una interpretación auténtica, si declara la legitimidad de la ley impugnada, y de una ley abrogativa, si declara su ilegitimidad. Sostiene que ese poder legislativo es únicamente negativo o abrogante.

También A. PIZZORUSSO, "I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi", en *Quaderni cost.* 3/1982, pág. 524 - 525, sostiene que la actitud de las decisiones de los jueces constitucionales, asume una eficacia normativa similar a la de la ley o de otras fuentes del derecho a ella equiparadas, y que ello viene claramente demostrado en la práctica, por las sentencias *additive* o *sustitutive* que en Italia han tenido gran desarrollo.

52- Cfr. E. GARBAGNATI, "Sull'efficacia delle decisioni della Corte...", op. cit. (nº 33), pág. 193 y 206/207.

constitucional, todos los elementos de la jurisdicción. Ve en él, el ejercicio de una jurisdicción declarativa, ya que - arribando a su conclusión a través de la crítica a la tesis de P. Calamandrei - le resulta poco convincente la idea de un poder legislativo solamente negativo. Ello, en virtud que para él hablar de un poder legislativo no libre, sujeto totalmente a la Constitución, es absurdo, ya que la misma no vincula nunca integralmente el contenido y ejercicio de la función legislativa. La función de la Corte es emanar un juicio sobre la violación de una norma constitucional, sin que ello implique poder encuadrarlo en el ejercicio de una función legislativa abrogante.<sup>53</sup>

Junto a esta corriente, observamos a quienes sostienen que el pronunciamiento de la Corte es manifestación de una jurisdicción voluntaria. Así observa Cappelletti<sup>54</sup> que el pronunciamiento jurisdiccional de la Corte no tende a dirimir una litis, sino a prevenir conflictos futuros, o sea, que el proceso tendrá estructura unilateral diversamente del proceso contencioso que tiene al menos dos partes contrapuestas. El proceso constitucional sería una continuación de la relación eventualmente litigiosa del proceso principal, con el único objetivo

---

<sup>53</sup>- Igualmente G. AZZARITI *"Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità..."*, op. cit. (nº 37), pág. 203, se manifiesta partidario de la configuración netamente jurisdiccional y no política del control de constitucionalidad de las leyes. Admite que dudaría de este carácter, si en la sentencia de la Corte se pudiera observar la presencia de una abrogación, pero que ello no es posible, ya que el pronunciamiento está destinado a resolver una cuestión de ilegitimidad constitucional surgida en el curso de un proceso, que finalmente será decidida por el juez ante quien pende el juicio, y que debe ser sometida a la Corte. El carácter de controversia entre partes, existe desde que esa sentencia contribuye a solucionar total o parcialmente la causa, y por lo tanto se relaciona con sus intereses. El hecho que luego a ese pronunciamiento se le atribuyan efectos ulteriores ultrapartes, no altera su carácter jurisdiccional.

<sup>54</sup>- Vid. M. CAPPELLETTI, *"Pronunce di rigetto nel processo costituzionale..."*, op. cit. (nº 46), pág. 144/45/46.

imparcial y objetivo del Estado de averiguación y resguardo de la constitucionalidad.

Por último, la tercera corriente sostenida por Redenti <sup>55</sup>, encuentra a la función constitucional colocada fuera y sobre la tripartición tradicional de las funciones estatales respecto al derecho. Cereti <sup>56</sup> haciendo un razonamiento diverso, se coloca en esta tercera corriente en la que incluimos las opiniones diversas a las dos corrientes mayoritarias, al sostener que la Corte es un órgano de control. A pesar de actuar en el mismo campo del legislador - plano legislativo -, no lo es, ya que se encuentra en una posición diversa: el legislador al dictar una ley realiza un examen general, y la Corte solo reexamina la ley en esfera limitada a su legitimidad en relación a la Constitución. Por su parte, el juez constitucional se diferencia del juez ordinario no solo por el efecto *erga omnes* de su pronunciamiento, sino además por el hecho que él no aplica una ley a un caso concreto; en su contraste, trabaja con dos normas de carácter general: la Constitución y la ley impugnada. Por lo tanto, concluye que al ser un órgano de contralor, a su pronunciamiento no se le atribuye ni siquiera el poder de hacer cesar la eficacia de la ley discutida, sino que ella declara su ilegitimidad constitucional y, es la misma Constitución la que priva a esa ley de su eficacia.

Creemos, que si la situación en Italia se analiza ateniéndose a la legislación vigente, se debe concluir, como ya se remarcara al comienzo del análisis de esta temática, que si a la Corte se le encarga la tarea de poner de relieve las contradicciones entre la legislación ordinaria y la Constitucional, estamos ante un órgano de control, el cual sólo se limita a resaltar esa

---

<sup>55</sup>. Vid. E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e...*, op. cit. (nº 48), pág. 33.

<sup>56</sup>. Vid. C. CERETI, "Funzione legislativa e controllo...", op. cit. (nº 47), pág. 45/46/47.

contradicción existente, siendo completada ésta actividad con las disposiciones constitucionales y legales que privan de vigencia y obligatoriedad a la norma declarada ilegítima. El hecho que el constituyente haya elegido el medio procesal, para que la Corte desarrolle el control, nada obsta a considerar a la Corte como un organismo constitucional, que ejerce su función específica en una forma más o menos dinámica o activista. En todo caso, en principio no puede destacarse la existencia de una superposición con el poder legislativo, ya que ella no atribuye - inicialmente - una eficacia determinada a su pronunciamiento, dicha eficacia - como se ha destacado - proviene de la misma Constitución.

Luego del precedente análisis, sólo nos resta aclarar, que una vez que la Corte determina la contradicción de la norma en relación a la Constitución, la misma perderá eficacia a partir del día siguiente al de la publicación de la decisión. Como consecuencia, dicha norma ahora inconstitucional vendrá desaplicada en forma inmediata, y la resolución de los casos que estén en curso de desarrollo, así como los futuros, se deberán resolver con las normas que proporciona el ordenamiento jurídico un vez anulada la norma inconstitucional.

## 2- EFECTO *ERGA OMNES*: INICIACION DE SU TRANSCURSO.

Como hasta ahora hemos ido remarcando, resulta claro que los pronunciamientos de la Corte, cuando la misma declara la inconstitucionalidad de una ley o de un acto con fuerza de tal, tienen efectos *erga omnes*. Concepto éste que surge igualmente de los dos tan mentados artículos 136 de la Constitución, y artículo 30 párrafo 3 de la ley nº 87.

Una vez adoptada la decisión, cuya fecha es la de la aprobación realizada en "*Camera di Consiglio*" del texto redactado por el juez nombrado para su redacción ( artículo 18 "*norma integrativa*" ), la decisión debe ser depositada en cancillería por el término de veinte días, y cualquiera puede obtener copia o tomar contacto con ella ( artículo 26, párrafo 3; artículo 19 de la ley nº 87.). A éste depósito sigue:

a- la transmisión al juez *a quo* dentro de los dos días de realizado aquél ( art. 29 ley nro 87) - en el caso de un proceso de inconstitucionalidad surgido en vía incidental -. De ésto surgen dos consecuencias: el juez debe desaplicar la norma ilegítima aun cuando no se haya realizado la publicación en la Gaceta oficial, y a partir del momento de esta notificación, se produce la reanudación del proceso *a quo*.

b- dentro del mismo término de dos días del depósito, la sentencia declarativa de inconstitucionalidad es transmitida de oficio al Ministro de Gracia y Justicia o al Presidente de la Junta Regional interesada, para que provean inmediatamente o en un plazo no mayor de diez días, a la publicación de la decisión en la misma forma prevista para la publicación del acto declarado ilegítimo. Esta sentencia es igualmente comunicada a las Cámaras y al Consejo Regional, para que en caso de considerarlo necesario, adopten los proveimientos de su competencia ( artículo 30 de la ley nº 87.).

Así, ya puesto de resalto, la norma de ley o acto equiparado a la misma, cesa de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión, según lo establecido en el artículo 136 de la Constitución; previendo un efecto general.

Ahora bien, como plantea G. Zagrebelsky, el momento de la publicación no es claro en cuanto a la determinación de la cesación de la eficacia de la norma declarada inconstitucional, ya que se regula la existencia de dos publicaciones: 1-



la publicación mediante el depósito en la cancillería de la Corte; regulada por el artículo 19 de la ley nº 87 del 1953, del cual se desprende el derecho de cualquier interesado de obtener copia del acto o de tomar visión del mismo; y 2- la publicación del acto en la misma forma prevista para la publicación de una ley, en la Gaceta Oficial o en los Boletines Oficiales de las Regiones, dispuesta por el Ministro de Justicia o por el Presidente de la Junta Regional, inmediatamente o en un plazo no mayor al décimo día del depósito en cancillería ( artículo 30, párrafo I de la ley nº 87). <sup>57</sup>

El problema fundamental es saber a cuál de éstas dos publicaciones se refiere la Constitución, y determinar el momento a partir del cuál comenzarán a correr los efectos del pronunciamiento. Este problema está referido por la Corte constitucional, otorgándole desde el ámbito pretorio una solución, que no se observa claramente en la legislación vigente. Así, la Corte ha manifestado en su sentencia nº 168 del año 1970 <sup>58</sup> - haciendo extracción de la parte pertinente - que *"...tali disposizioni nella formulazione originaria hanno cessato di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale..."*.

Igualmente, la Corte en otros pronunciamientos <sup>59</sup>, sostiene que los efectos de su sentencia que declara la ilegitimidad constitucional de una norma jurídica, comienzan a correr desde el día sucesivo a la publicación de la sentencia misma y que sólo desde este día la norma cesa de tener eficacia. Todo ello según el claro

---

<sup>57</sup>- Vid. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit. (nº 25), pág. 261 - 262.

<sup>58</sup>. *Giur. cost. 1970*, Vol. II, pág. 2062. Sentencia citada por G. Zagrebelsky en su artículo *voz "Processo costituzionale"*, en la *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVI, Milano, 1962, pág. 631.

<sup>59</sup>- *Sentenza nº 49 di 1970*, en *Giur. cost. 1970*, Vol. I, pág. 559.

dispositivo del art. 136 de la Constitución, y la voluntad del legislador constituyente, presumible inequívocamente de los trabajos preparatorios. Por su parte, es de destacar, que la opinión jurisprudencial de la Casación al respecto resulta claramente concordante.<sup>60</sup>

La respuesta correcta para G. Zagrebelsky<sup>61</sup> es a su vez coincidente con la de la Corte, lo importante es la publicación en la Gaceta Oficial o en los Boletines Oficiales de las Regiones, ya que desde el día sucesivo a esta publicación, la ley ya no puede considerarse eficaz, en virtud de la alteración que esta declaración determina sobre el plano de las fuentes. Se trata de una obligación *erga omnes* que no admite ignorancia. Aun en el período intermedio entre la publicación en cancillería, y la de la Gaceta Oficial, se determinan los siguientes efectos: los sujetos que conozcan la decisión de inconstitucionalidad deben considerar la ley ya no más eficaz, so pena de incurrir en responsabilidad por aplicar una ley no vigente. Así es, en virtud de la fuerza obligatoria que poseen las sentencias de la Corte constitucional, y para el caso que no se cumpla con el respeto que se le debe a esa fuerza obligatoria, es admitido por el artículo 111 de la Constitución, un recurso ante la Casación por violación de la ley, es decir por error *in iudicando* relacionado a la cuestión de derecho, con lo cual al comprobarse la declarada ilegitimidad de la ley aplicada, se resolverá el caso con la desaplicación de la misma.

Como ya quedara aclarado, la prohibición de aplicación de la norma declarada inconstitucional, no se limita solamente al juicio en el cual se produjo el planteamiento de la cuestión, sino por el contrario, vale para todo otro juicio

---

<sup>60</sup>- Ver a título ilustrativo, *Sez. VI pen. - Uid. 18 febbraio 1967*, en *Giur. cost. 1968*, Vol. II, pág. 1930.

<sup>61</sup>- Vid. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit. (nº 25), pág. 261 - 262.

que esté pendiente, o sea sucesivamente propuesto delante de una autoridad jurisdiccional, la cual debe tener en cuenta - de oficio y en cualquier etapa del proceso - la declaración de inconstitucionalidad realizada por la Corte constitucional.

Ahora bien, si consideramos los conceptos hasta aquí vertidos como válidos - en virtud del acuerdo existente en doctrina y jurisprudencia -, aún resta otro problema, el por qué la Constitución establece un período de un día entre la publicación de la decisión y el inicio del plazo para que comience su eficacia?. E. Garbagnati sostiene que el constituyente tuvo como intención, subrayar que la Corte constitucional no es un órgano fuera y sobre la Constitución, y que sus decisiones derivan su eficacia, no directamente de la voluntad de la Corte, sino de la norma suprema.<sup>62</sup> Sobre este tema igualmente se presenta una tesis contraria, sostenida entre otros<sup>63</sup> por Di Palma<sup>64</sup>, el cual sostiene que la publicación en la Gaceta Oficial constituirá aquella de carácter más solemne y por así decirlo oficial, pero representaría solamente una particular forma de publicidad de la decisión declarativa de inconstitucionalidad y no la publicación de la misma, que se haría efectiva con el depósito en cancillería de la Corte. Creemos que este período de un día, debe ser considerado como una *vacatio sententiae* destinada a llevar a cabo eficazmente el principio de publicidad, que a

---

<sup>62</sup>- Vid. E. GARBAGNATI, "*Sull'efficacia delle decisioni della...*", *op. cit.* (nº 33), pág. 202.

<sup>63</sup>- Vid. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Quinta Ed., Padova, 1984, Vol. II; A. PACE, "*Osservazione sulla pubblicazione delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*", en *Giur. cost.* 1965, pág. 462 y ss..

<sup>64</sup>- Vid. S. DI PALMA, "*La pubblicazione in Gazzetta Ufficiale delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale: pubblicazione in senso proprio o mera pubblicità?*", en *Giur. cost.* 1968, Vol. II, pág. 1946.

su vez completa la publicación, y elimina la posibilidad de irresponsabilidad por ignorancia.

### 3- COSA JUZGADA.

Al considerar el efecto *erga omnes* de éstas sentencias, surge la consideración que, si bien se puede recurrir al concepto de cosa juzgada en este punto, el mismo, no debe ser entendido como una referencia a un concepto definido en otra rama del derecho. Aquí, según lo establecido en el artículo 137 último párrafo de la Constitución, la sentencia de la Corte es definitiva y no se admite en contra de ella impugnación alguna. Se desprende de esta norma la inmodificabilidad de la sentencia por parte de cualquier órgano estatal - y por parte de la Corte constitucional misma - lo cual provoca que todo acto que se opusiese a ella, será considerado inválido <sup>65</sup>. Bajo éste aspecto, más que de fuerza de cosa juzgada, se debe considerar la existencia de una fuerza obligatoria general. <sup>66</sup>

Ahora, qué sucedería si se diera el caso que el legislador mismo actue en contra de la declaración de inconstitucionalidad emanada de la Corte? G. Zagrebelsky destaca la existencia de dos posibilidades: la primera, que la ley emanada del Parlamento sea reproductiva de la declarada ilegítima con efectos

---

<sup>65</sup>- Este concepto vendría aquí analizado desde el punto de vista formal de la irrevocabilidad o firmeza de la sentencia.

<sup>66</sup>- Vid. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.* La giustizia ... (nº 25) , pág. 657.

hacia el futuro, caso en el cual no habría violación de la cosa juzgada <sup>67</sup>; y la segunda, cuando la nueva ley preve la revivificación de la ley declarada ya inconstitucional, poniendo en la nada la sentencia de la Corte, aquí si se observaría una violación a la fuerza obligatoria general de la decisión de la Corte. Destaca igualmente, que no constituye excepción a la regla general el hecho que la Corte misma pueda corregir los errores materiales en los que hubiese incurrido, y por otra parte, a ese pronunciamiento correctivo se le atribuye la misma eficacia que a la sentencia que en este momento está siendo modificada. <sup>68</sup>

En relación a la primera posibilidad enunciada, observamos la sentencia citada por G. Zagrebelsky en el trabajo mencionado, en la cual la Corte establece la ilegitimidad del art. 175 párrafo 1 c. p. por estar en contraste con el art. 3 de la Constitución <sup>69</sup>, ya que *"...l'attuale formulazione della disposizione impugnata riproduce, infatti, ...il testo del previgente art. 175, comma 1, c. p., già dichiarato costituzionalmente illegittimo."*

En punto a la segunda hipótesis, la sentencia n° 16 del 1960 <sup>70</sup> es la primera emanada en ocasión de la sustitución por parte del legislador, de una norma declarada inconstitucional, por otra de igual contenido. Es de destacar,

---

<sup>67</sup>- Si bien aquí formalmente no existiría tal violación, sí encontramos una desatención o incumplimiento de los principios generales de la justicia constitucional.

<sup>68</sup>- Vid. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.* La giustizia ... (n° 25), pág. 657.

<sup>69</sup>- *Sentenza n° 155*, en Giur. cost. 1984, Parte I, Vol. I, pág. 1051.

<sup>70</sup>- Giur. cost. 1960, Pág. 164.

que a pesar de esta circunstancia, la Corte, aun poseyendo fundamentos suficientes para declarar su ilegitimidad, no lo ha hecho.

No obstante, la posición de la Corte surge explicitada claramente, en la sentencia nº 73 de 1963 y nº 88 de 1966 <sup>71</sup>. En la primera de ellas, sostiene la Corte que el legislador no puede no acatar la inmediata cesación de la eficacia de la norma declarada inconstitucional, prolongándole la vida hasta el dictado de una nueva norma que cubra el vacío legislativo. Y en la segunda, aclara que el destinatario de sus sentencias no es sólo quien debe aplicar la ley, sino también el legislador - en virtud del efecto *erga omnes* de sus pronunciamientos - y se observa una violación del artículo 136, no sólo cuando se prolonga la vida de una ley ya declarada inconstitucional; sino también cuando emanando una nueva ley, aun variando su contenido, la misma persigue idéntico objetivo que su precedente.

La doctrina, por su parte, sostiene que los límites del legislador frente a una sentencia de acogimiento de la Corte, pueden ser expresados de la siguiente forma:

1- el poder legislativo no puede validamente reproponer una norma formal o sustancialmente idéntica a la declarada inconstitucional por vicios formales o sustanciales,

---

<sup>71</sup>- Giur. cost. 1963, pág. 598 y en la misma revista 1966, pág. 1106 respectivamente.

2- no puede tampoco, convalidar o sanear retroactivamente, ni confirmar la aplicación a relaciones aún no concluidas al momento del pronunciamiento de la Corte, de la norma declarada ilegítima.<sup>72</sup>

Resulta igualmente importante destacar, que la doctrina sostiene al mismo tiempo, la carencia de una norma que expresamente avale esta posición, y que la misma no pudiendo encontrar su fundamento en el artículo 136 de la Constitución - opinión ésta la de la Corte misma -, estos límites son absorbidos en la obligación general y primaria de respeto y observancia de las sentencias de la Corte.<sup>73</sup> En conclusión, la sentencia de la Corte, en virtud del artículo 137 de la Constitución es inapelable, ya que no se admite impugnación alguna en relación a ella. Por su parte se puede decir, que una vez declarada la inconstitucionalidad de una norma dada, la misma pierde eficacia - artículo 136 constitucional - y pierde aplicación - artículo 30 ley nº 87 -, y la misma no puede volver a ser analizada en virtud de su inapelabilidad.

#### D- SENTENCIAS DE RECHAZO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD. REPROPOSICION DEL PLANTEAMIENTO. COSA JUZGADA MATERIAL ?

Hemos venido hasta ahora analizando toda la problemática referida a la sentencia declarativa de ilegitimidad constitucional, pero ha llegado el momento

---

<sup>72</sup>- Vid. E. CHELI, "*Legge retroattiva di sanatoria e giudicato costituzionale*", en *Giur. cost.* 1966, Pág. 608.

<sup>73</sup>- Vid. A. BARBERA, "*Giudicato costituzionale e poteri del legislatore*", en *Giur. cost.* 1966, pág. 613.

de sumergirnos en una no menor. La misma está relacionada o deriva, de la sentencia o decisión de rechazo de la cuestión de constitucionalidad, emanada de la Corte constitucional. Esta sentencia de rechazo de la cuestión se configura cuando la Corte retiene infundada una cuestión de constitucionalidad, y en virtud de los dispositivos legales existentes en la materia, rechaza el tratamiento de la misma declarándola no fundada o bien manifiestamente infundada si fuera realmente palmaria dicha situación.

El artículo 24 de la ley nº 87 del 1953, hace expresa referencia a la misma diciendo que, la ordenanza que rechaza la excepción de ilegitimidad constitucional por manifiesta irrelevancia o falta de fundamentos, debe ser adecuadamente motivada; y que esta excepción puede ser propuesta nuevamente al comienzo de cada grado ulterior del proceso. En este precepto se especifican, cuales son los dos motivos por los cuales puede ser rechazada una cuestión de inconstitucionalidad: en primer lugar por manifiesta irrelevancia de la cuestión en relación al caso *a quo* por resolver, es decir, la norma cuestionada no es de aplicación obligatoria para resolver el juicio de mérito. En segundo lugar, la carencia de fundamentos que realmente demuestren que la norma cuestionada está en palmaria contradicción con alguna norma constitucional. En último término, especifica que una vez rechazada la cuestión, ésta no puede ser replanteada en iguales términos, sino en los ulteriores grados del proceso. Ahora bien, aquí justamente surge el problema de dilucidar si estamos en presencia de una cosa juzgada o de una preclusión, para poder comprender la extensión de los efectos de las sentencias desestimatorias. Así el artículo 24 de la ley Nº 87 del 1953 establece: *"L'ordinanza che respinga la eccezione di illegittimità costituzionale per manifesta irrilevanza o infondatezza, deve essere adeguatamente motivata. L'eccezione può essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del processo."*



Creemos que debe destacarse la existencia de dos problemas: en primer lugar el del rechazo *a limine* de la cuestión por alguna de las causas enunciadas, en la cual creemos que si bien existiría en principio una preclusión, esos efectos se convertirían en una violación de la cosa juzgada, si se replantea el caso con identidad de fundamentos en una instancia posterior del mismo proceso, o sea, si se replantea la cuestión en relación a una norma que claramente no es de aplicación en el caso concreto. En segundo lugar, la desestimación de fondo de la cuestión. Aquí solamente se podría hablar de una preclusión que no comprende instancias posteriores, y que nada obstaría a su planteamiento por diversas partes en diversos procesos, aun con la misma fundamentación.

Por su parte, a este tipo de sentencia, no le corresponde una eficacia *erga omnes* como sucede con la sentencia estimatoria <sup>74</sup>, simplemente, a través de un pronunciamiento negativo, viene confirmada la validez de la ley. No contiene una disposición expresa por la cual venga afirmada la legitimidad de la ley, ya que la validez de una norma no deriva de un pronunciamiento jurisdiccional, sino de su conformidad a la Constitución <sup>75</sup>. Por otra parte, el ordenamiento jurídico carece de una norma correlativa al artículo 136 de la Constitución, que otorga eficacia *erga omnes* al pronunciamiento estimatorio, en relación a la sentencia desestimatoria o de rechazo. Es así que como a la Corte constitucional se le ha otorgado - en virtud del artículo 134 párrafo 1 de la Constitución -

---

<sup>74</sup>- Si bien actualmente esta posición puede ser entendida como *communis opinio*, en un tiempo, la tesis contraria estuvo sostenida por P. CALAMANDREI, en su trabajo *L'illegittimità costituzionale delle leggi...*, op. cit. (nº 37), pero este autor abandona esta tesis cuando declara haberse convencido de la corrección del razonamiento realizado por G. AZZARITI en su obra *Problemi attuali di diritto costituzionali*, Milano, 1961.

<sup>75</sup>- Vid. F. PIERANDREI, op. cit. voz "Corte Costituzionale" (nº 19), pag. 977.

solamente la facultad de determinar si una ley es o no inconstitucional, la misma no podría nunca resolver una cuestión con una declaración de constitucionalidad.

Si bien hasta este punto, hemos arribado sin grandes dificultades, no resulta igualmente sencillo encarar el tema de la reproposición de la cuestión, ni los efectos que esta sentencia tiene en relación al juicio *a quo*, en el caso de acceso a la Corte por vía incidental. En relación a los efectos de las sentencias bajo análisis, la Corte ha sido clara en su sentencia n° 151 del 1974 <sup>76</sup> en la cual sostuvo:

*"Le sentenze costituzionali che dichiarano la non fondatezza di una questione non producono effetti che trascendono quel determinato rapporto processuale in cui sono intervenute; non conferiscono alcun crisma di legittimità alle disposizioni che ne formavano l'oggetto, e perciò non precludono la riproposizione della medesima questione, ne impediscono alla Corte, ove ciò avvenga, di riprenderla in esame, prevenendo a diversi conclusioni."*

La Corte se ha expresado en la sentencia n° 126 del 1968 <sup>77</sup> de la siguiente manera:

*"Se, nel riproporre una questione di legittimità costituzionale già decisa con sentenza di rigetto, vengano addotte più ampie e più specifiche"*

---

<sup>76</sup>- Este concepto vendría aquí analizado desde el punto de vista formal de la irrevocabilidad o firmeza de la sentencia.

<sup>77</sup>- Giur. cost. 1968, Pág. 2175.

*argomentazioni, rispetto a quelle proposte in precedenza, la Corte costituzionale, anzichè limitarsi ad una pronuncia di manifesta infondatezza procede con sentenza al riesame delle questioni stesse. E tale riesame puo anche risolversi in una nuova decisione di infondatezza."* 78

Coincidente con la solución otorgada por la Corte, es la postura de G. Zagrebelsky, para este autor <sup>79</sup> el pronunciamiento de rechazo no impide que la misma cuestión pueda ser nuevamente propuesta, ni que la Corte misma, en una circunstancia sucesiva, pueda declarar la inconstitucionalidad de la ley pasada ya bajo su control y considerada constitucional. Pero sí destaca que, una eficacia jurídicamente relevante existe respecto al juez del proceso *a quo*, que se limita exclusivamente al aspecto procesal. Este juez no puede continuar en duda respecto a la constitucionalidad de la norma en cuestión en los mismos términos, y se ve como consecuencia obligado a su aplicación para resolver el caso que se le ha sometido para su dirimición, y a su vez no podrá reproponer la cuestión en esos mismos términos. <sup>80</sup>

---

78- La Corte se ha expresado en el mismo sentido en la *Sentenza n° 128 di 1968*, en *Sentenze e ordinanze della Corte costituzionale 1968*, pág. 753; n° 17, n° 26 y 32 di 1969, en *idem* 1969, Vol. I, pág. 112, 181 y 234 respectivamente.

79- Vid. G. ZAGREBELSKY, *op. cit. La giustizia ...* (n° 25), pág. 628 - 629.

80- Esta posición aparece como doctrina mayoritaria, apoyada entre otros por: F. CARNELUTTI, "Effetti della pronuncia negativa della Corte costituzionale sul processo pendente", en *Riv. proc.* 1959, pág. 478 y ss.; M. CAPPELLETTI, "L'efficacia delle pronunce di rigetto della Corte costituzionale nel processo a quo", en *Giur. it.* 1958, Vol. I, pág. 933; E. GARBAGNATI, "Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", *op. cit.* (n° 34); G. GUARINO, "Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime", en *Ius*, 1951, pág. 3560 y ss.; F. PIERANDREI, "Le decisioni degli organi della Giustizia costituzionale", en *Studi in memoria di V. E. Orlando*, Vol. II, Padova, 1955; E. T. LIEBMAN, "Contenuto ed efficacia

Aclara este autor, que dicha eficacia preclusiva en relación a la reproposición de la cuestión, no subsiste en los sucesivos grados del proceso, o bien en otro juicio entre las mismas partes sobre el mismo objeto, en los casos que no estén comprendidos en el principio *ne bis in idem*. Eso sí, cada juez está autorizado a dudar de la legitimidad de una ley que debe aplicar y como consecuencia del punto de vista subjetivo, la misma cuestión debe considerarse nueva cuando es diverso el juez que la propone. Por lo tanto observa en este tipo de sentencia, una eficacia limitada al orden procesal, que no se parangona a la cosa juzgada, ni de los pronunciamientos de la jurisdicción común ni a la de las sentencias estimatorias de la Corte.<sup>81</sup>

En una segunda teoría, sosteniendo la existencia de una cosa juzgada en este tipo de sentencia, se encuentra F. Pierandrei<sup>82</sup>, quien ve en ella un pronunciamiento no sujeto a gravámenes o modificaciones, que concluye o resuelve definitivamente una situación concreta, en relación también a las partes en juicio, siendo vinculante no sólo para este proceso, sino para cualquier otro futuro, surgido entre las mismas partes en orden a la misma litis de mérito. Estas sentencias son limitadas tanto en sentido objetivo como subjetivo, su autoridad se explica sólo en relación con la controversia decidida, con referencia a la *causa*

---

*delle decisioni della Corte costituzionale*", *op. cit.* (nº 35); G. AZZARITI, "Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità...", *op. cit.* (nº 37); C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, *op. cit.* (nº 46).

<sup>81</sup>- Comparten la tesis de Zagrebelsky, E. T. LIEBMAN, "Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", *op. cit.* (nº 35); G. GIONFRIDA, "Giudizi di legittimità costituzionale della legge e pregiudiziali attinenti al cosiddetto processo principale", en *Studi in onore di E. Eula*, Vol. II, Milano, 1957.

<sup>82</sup>- Vid. F. PIERANDREI, *op. cit.* voz "Corte Costituzionale" (nº 19), pág. 978 a 980.

*petendi*, o sea a la razón jurídica hecha valer en la demanda y en relación a las partes en juicio. Cree que el pronunciamiento de rechazo goza, de eficacia análoga a la de las sentencias de mérito pasada en cosa juzgada, porque desde el punto de vista formal aparecen definitivas e irrevocables, y porque desde el punto de vista material, deciden la sustancia de la cuestión de constitucionalidad. Justifica esta eficacia según F. Pierandrei, el principio de la certeza del derecho. Las mismas partes impugnan nuevamente la misma ley, haciendo valer una *causa petendi* diversa, haciendo referencia a nuevos motivos o nuevas normas constitucionales. Por el contrario, las partes de otros procesos, son libres de llevar la cuestión en los mismos términos, y la Corte será libre o de mutar su decisión o de declarar otra vez manifiestamente infundada la cuestión.

83

Logicamente, la Corte ante un planteamiento en el cual se den las características de identidad de causa, - en el caso del replanteamiento de una cuestión ya rechazada por la Corte -, pero sin que se de la identidad de partes, los actores son diversos de los anteriores, la Corte poseerá la posibilidad de mantener su jurisprudencia y declarar nuevamente infundada la cuestión, o mutarla por considerar que han existido algunos factores que han convertido la norma cuestionada en contraria a la Constitución, cuando anteriormente no lo era.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto, los autores parecen en general orientados en el sentido de la limitación de las partes en litigio en relación a la reproposición de la cuestión declarada infundada por la Corte; pero mientras los

---

83- Comparten la tesis de Pierandrei: E. GARBAGNATI, "*Sull'efficacia delle decisioni...*", *op. cit.* (nº 34); G. GUARINO, "*Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittima*", *op. cit.* (nº 80).

primeros retienen que ello se debe a una pura y simple preclusión, los segundos creen se deba al paso de cosa juzgada de la sentencia constitucional.<sup>84</sup>

## E- SENTENCIAS INTERPRETATIVAS: SU FUERZA OBLIGATORIA.

*"Le decisioni che la Corte costituzionale adotta per superare le interpretazioni ( o le norme ) incostituzionali da quelle conformi alla Costituzione sono le sentenze*

---

<sup>84</sup>- Capítulo aparte merece la opinión de M. CAPPELLETTI, este autor plantea el dilema de determinar si ante la carencia de disposiciones jurídicas en contrario, los pronunciamientos jurisdiccionales en general crean cosa juzgada ( derivada de la aplicación del artículo 2909 del Código civil italiano ). Explica que si la respuesta fuera afirmativa, existiría una presunción que, al ser la sentencia de rechazo emanada de un órgano jurisdiccional, se encontraría dentro del régimen del art. 2909 C.C.. Pero existiría una presunción contraria si se demostrara la aplicación de este artículo solamente a una categoría de pronunciamientos jurisdiccionales.

Sostenedor este autor del carácter de jurisdicción voluntaria de la función de la Corte constitucional; y complementando a esta teoría, el hecho que el efecto de cosa juzgada es propio del proceso contencioso y no extendible al proceso voluntario, en virtud que en este caso el principio de la justicia vendría sobrepuesto al de certeza jurídica, deriva la no aplicación del artículo 2909 C.C. a este tipo de pronunciamientos y podrán como es regla para los pronunciamientos emitidos en sede de jurisdicción no contenciosa, en cualquier momento, ser modificados o revocados con la excepción de las relaciones ya concluidas.

Sostiene como conclusión, que la sentencia constitucional de rechazo, no sólo no posee autoridad de cosa juzgada, sino tampoco efecto preclusivo para el juez *a quo*. Por lo cual, al no formarse nunca la cosa juzgada substancial, las partes y el juez de la controversia principal podrán, en ocasión de otro proceso, recurrir nuevamente a la Corte constitucional contra la misma ley, sin importar si es por los mismos motivos o causas, o por otros diversos. En *"Pronunce di rigetto nell processo costituzionale delle liberta..."*, *op. cit.* (nº 46).

*interpretative*" <sup>85</sup>. Al respecto nada hay establecido por la legislación, estamos ante una práctica establecida pretoriamente por la misma Corte. Una vez surgida esta práctica, resta por establecer, cuál es la fuerza vinculante que estas sentencias poseen en relación al juez *a quo*. La interpretación hecha por la Corte de una norma determinada, debe ser obligatoriamente aplicada por el juez *a quo*?; o, el juez está habilitado para hacer una propia interpretación de la norma a los efectos de resolver el caso que se le ha planteado, aunque disidente con la posición tomada por parte de la Corte?

Sobre este punto es importante la corriente de pensamiento emanado de la misma Corte, que se demuestra coincidente con la doctrina en la no vinculatoriedad de este tipo de pronunciamientos. Al respecto, y a título ejemplificativo, observamos que la misma a consagrado repetidamente que:

*"Le sentenze di infondatezza pronunciate dalla Corte costituzionale, anche se fondate su una data interpretazione della norma denunziata, non hanno l'efficacia vincolante di quelle che dichiarano l'illegittimità costituzionale di una norma."* <sup>86</sup>

Estas sentencias, como claramente expone G. Zagrebelsky <sup>87</sup>, pueden basarse en una norma no contraria a la Constitución para rechazar la cuestión de constitucionalidad ( sentencia interpretativa de rechazo ), así, por el contrario, pueden basarse en la norma contraria a la norma fundamental para acoger el planteamiento ( sentencia interpretativa de acogimiento.). Es por ello que a su

---

<sup>85</sup>- Vid. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.* La giustizia ... (nº 25), pág. 651.

<sup>86</sup>- Ordenanza del 4 de marzo de 1965, en Giur. cost. 1965, pág. 462.

<sup>87</sup>- G. ZAGREBELSKY, *op. cit.* La giustizia ... (nº 25), pág. 652.

criterio, a la sentencia interpretativa de rechazo, en cuanto tal, no se le confiere valor formal y directamente vinculante, solamente un valor persuasivo y libremente apreciable de parte de los destinatarios. El modo constitucionalmente correcto de interpretar la Constitución, valdrá como un precedente autorizado al que le corresponde una fuerza de hecho, proporcional al consenso que sus argumentos susciten y que según este autor es sumamente elevado. Contrariamente, las sentencias interpretativas de acogimiento, como tales, vienen por regla consideradas vinculantes para todos.

F. Pierandrei <sup>88</sup>, distingue entre los pronunciamientos de rechazo, tres posibilidades:

1- cuando la Corte está de acuerdo con la interpretación de la norma hecha por el juez *a quo*, en que la Corte disipa las dudas de este juez, determinando el significado a atribuir al precepto constitucional;

2- cuando el juez del proceso principal interpreta una norma erradamente, y la Corte emana una sentencia de rechazo en relación a aquél que debe considerarse el significado correcto de la misma regla, llamada sentencia de rechazo con carácter correctivo; y

3- cuando la norma es susceptible de varios significados, si la ordenanza del juez le otorga una interpretación errónea, la Corte elige otro significado y rechaza la cuestión basándose en esa interpretación, en cuyo caso se habla de interpretación "*adeguatrice*".

---

<sup>88</sup>- Vid. F. PIERANDREI, *op. cit.* voz "*Corte Costituzionale*" (nº 19), pág. 983 a 984.



Sostiene este autor que, al estar los jueces solamente vinculados a la ley, este tipo de sentencias de la Corte sólo tendrán para el juez *a quo*, como para todos los otros y para todas las autoridades, una altísima autoridad moral.

Como conclusión se puede aeverar que, la doctrina está conforme en la no vinculatoriedad de las sentencias interpretativas, no sólo en relación al juez *a quo*, sino también en relación a cualquier otra autoridad llamada a aplicar el precepto discutido, pero siempre sin desatender el valor moral de la interpretación hecha de una norma dada por la Corte constitucional. Este valor moral - de no poca importancia - deriva precisamente de la reserva hecha a favor de la Corte constitucional por el ordenamiento en su conjunto, no sólo de la garantía suprema, sino también, de la interpretación última de la Constitución.<sup>89</sup> Por lo tanto, para el caso que no sea seguida la interpretación fijada por la Corte, ante la próxima circunstancia en la que un juez común oriente su interpretación de una norma en sentido diverso al fijado por ella, la misma podrá adoptar el más fuerte medio de que dispone y emanar una sentencia estimatoria pura y simple.

#### F- LE DECISIONI MANIPOLATIVE.

Aun brevemente, debemos hacer referencia a otra problemática surgida en relación a la función ejercida por la Corte constitucional, y está vinculada con el ejercicio de su función a través de las sentencias "*manipulative*". Se ha dado este

---

<sup>89</sup>- En relación a las teorías existentes sobre el punto, resulta clarificador el desarrollo realizado por M. MAZZIOTTI, en su artículo titulado "*Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*", en *Giur. cost.* 1960, pág. 1100 y ss..

nombre a aquellas sentencias que tienen como objeto o finalidad la transformación del significado de la ley, en vez de su eliminación o su interpretación conforme a la Constitución. Estas pueden distinguirse en:

a- estimatoria parcial: se refieren a la declaración de inconstitucionalidad de una parte de la normación compleja de una disposición;

b- sentencias "*aggiuntive*", cuando una disposición contiene una normación menor de la que constitucionalmente debería. La Corte declara la inconstitucionalidad en la parte en que la norma no prevé algo que debería prever. Se ataca una omisión del legislador; y

c- sentencias sustitutivas, cuando la ley contempla una situación mientras constitucionalmente debería contener o prever otra diversa. La Corte en este caso, declara inconstitucional la ley en la parte en que contempla esa situación equivocada.

Una vez definidas doctrinalmente estas sentencias, debemos poner de relieve que no existen normas positivas al respecto, y esta carencia de normas que regulen dichas auto-ampliaciones de funciones por parte de la propia Corte, es otro de los elementos que permite plantearnos si realmente estos pronunciamientos pueden ser aceptados o no. Así es, el aspecto discutido de estas sentencias es precisamente su admisibilidad, en virtud de su función positiva e integrativa del ordenamiento jurídico, función que parece contraria a la función negativa-eliminativa atribuida a la Corte por los artículos 134 y 136 de la Constitución.

Diversidad de argumentos se han esgrimido al respecto, entre los cuales se destaca el que recrimina a la Corte el desenvolvimiento de una función política y

de valoración general en relación al planteamiento de una ley - o sea ejercicio de una función paralegislativa -, agravada por el carácter no electivo de sus miembros y por el hecho de la gran autoridad que se le reconoce a sus pronunciamientos. A todo ello se ha replicado, que si bien es correcto hablar en este caso de una creación de derecho, esto sucede - en el caso de la Corte constitucional - a ritmo obligado, en el sentido que ante un vacío legislativo dejado por el legislador, y ante la emergente necesidad de llenar dicha laguna del ordenamiento, surge la sentencia de la Corte, creadora de ese derecho necesario, pero emanado no como resultante de una elección libre y a través de un análisis de conveniencia temporal y política, como sucede en el Parlamento, sino como resultante de un proceso limitadísimo. Se hablaría en el presente caso, de una explicitación de un principio normativo ya existente aunque implícitamente en el ordenamiento - que surge a raíz del planteamiento de inconstitucionalidad -, no como función creativa, sino como función explicitadora de un principio ya existente en el ordenamiento pero no descubierto, o erróneamente entendido.

Lo importante es que, ésto plantea un dilema ineludible, ya que si la norma está presente en el sistema, corresponde a los jueces sacarla a la luz; y si no esta presente, corresponde al legislador establecerla. Como quiera que sea, la Corte estaría invadiendo con su intervención, en el primer caso la competencia judicial, y en el segundo, la del legislador.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup>. Vid. sentencias: N° 4, 74 y 109 de 1974, en Giur. cost. 1974, Vol. I, pág. 17, 291 y 776 respectivamente.

## G- ESPECIFICIDAD DEL SISTEMA ITALIANO EN RELACION A SU MODELO.

A modo de reflexión final del presente capítulo, y luego de haber analizado las diferentes situaciones y posiciones doctrinales, así como las problemáticas existentes en el ámbito de la justicia constitucional italiana, creemos interesante remitirnos a las primeras consideraciones con el objetivo de a través del análisis desarrollado, realizar un balance entre el sistema austríaco-kelseniano - modelo del sistema de justicia constitucional europeo - y el italiano, marcando las coincidencias y diferencias importantes existentes entre ellos.

Claro y evidente resulta, que ambos sistemas pertenecen a los caracterizados como concentrados, en virtud de la existencia de un órgano específico a los efectos de en instancia única, ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y actos con fuerza de tal; es decir, un *Verfassungsgerichtshof* en Austria, y una Corte constitucional en Italia.

En ambos sistemas, la inconstitucionalidad y la consiguiente invalidez y consecuente inaplicabilidad de la ley, no puede ser operada por cualquier juez. Al contrario, los jueces civiles, penales, administrativos etc., son incompetentes para conocer aun *incidenter tantum* de la validez de las leyes. Ellos deben tomar por buenas las leyes existentes salvo el caso del poder a ellos atribuido de suspender el proceso pendiente ante ellos, con la finalidad de promover la cuestión de constitucionalidad surgida en el caso concreto, ante la Corte constitucional.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup>- Vid. M. CAPPELLETTI, *La justicia constitucional...*, op. cit. (nº 12), pág. 74.

O sea que en Italia, si bien los jueces comunes carecen de la facultad de ejercer el control de constitucionalidad, hasta los jueces inferiores si se encuentran ante la posibilidad de aplicar una norma inconstitucional, tienen el poder y el deber de someter la cuestión a la Corte constitucional con la consiguiente suspensión del proceso de mérito, hasta la resolución por parte de la Corte de la cuestión prejudicial. Igualmente poseen acción directa o en vía principal los órganos gubernamentales de las regiones y el gobierno central. En Austria, en cambio, hasta la reforma realizada en el año 1929, solo la *Oberster Gerichtshof* y la *Verwaltungsgerichtshof* estaban legitimadas a promover ante la Corte constitucional Austríaca la cuestión en vía incidental. El resto de los legitimados activos - Gobierno federal y Gobiernos de los Lander - solamente la podían plantear en vía principal. Como consecuencia los jueces comunes carecían de la facultad premencionada de suspender el proceso ante ellos pendiente, solamente debían aceptar la ley como buena y las partes debían esperar hasta llegar a los máximos órganos ordinarios de la justicia, a los efectos de enviar la cuestión de constitucionalidad a la Corte. A partir de la reforma del 1929, la situación quedó equiparada en ambos sistemas.

Ahora bien, en relación a los efectos de los pronunciamientos; en el sistema austríaco, se anula o casa una ley hasta ese momento válida y eficaz, pudiéndose establecer que su eficacia comience a correr a partir de determinado período de la publicación - siempre que no exceda de un año -. Igualmente el pronunciamiento posee efectos *erga omnes* pero *ex nunc*, sólo a partir de la reforma constitucional de 1929 se admitió, que la ley declarada inconstitucional no deba ser aplicada en el caso concreto, aun respecto a los hechos verificados con anterioridad a dicho pronunciamiento. Este efecto *ex nunc* tal vez podría explicarse por el hecho que nos encontramos ante una eliminación de la norma, con efectos similares a los de la derogación, características que surgen en virtud

de la eficacia temporal limitada que se le otorga a las sentencias de la *Verfassungsgerichtshof*.

En Italia, por el contrario, se declara - según opinión de la Corte en su sentencia nº 127 del 1966 y sentencia de la Casación del 12 de noviembre de 1984 - la nulidad de la ley por la existencia de un elemento que la vicia desde su origen. Por su parte, en virtud del artículo 136 de la Constitución, surge claramente que su aplicación es automática y no admite dilaciones impuestas ni por la Corte misma, ni por los jueces que deben hacerla efectiva. A pesar que recientemente, como lo analizaremos en capítulos futuros, la Corte constitucional a través de la denominada inconstitucionalidad sobrevenida, ha intentado una aproximación a su par austríaca. Su pronunciamiento al igual que el austríaco, posee eficacia *erga omnes*, pero a diferencia de él, su eficacia temporal es *ex tunc*, con la única salvedad del respeto de las relaciones "*esauriti*" o ya concluidas. Aquí se observa que, como claramente sostiene la Corte constitucional italiana, nos encontramos no ante una derogación de la norma ilegítima, sino ante una declaración de ilegitimidad de una norma, a la cual le seguirán efectos similares a la anulación de la misma.

Otra gran diferencia consiste en que, en el sistema austríaco (artículo 140, sección 4 Constitución austríaca) se establece que una vez declarada la inconstitucionalidad de una ley, vuelven a entrar en vigor, aquellas disposiciones legislativas existentes con anterioridad al nacimiento de la ley declarada ilegítima. Por su parte, en el sistema italiano, aun es un tema discutido, si a la cesación de eficacia de una norma por efecto de la sentencia constitucional se pueden aplicar o no las mismas reglas que las de la abrogación.

Con todo, Sandulli <sup>92</sup> sostiene que, la cesación de eficacia de una ley no implica necesariamente la caída del carácter derogatorio de la misma, sólo acaecerá esto cuando la caída de la ley se deba a vicios de forma y en ese caso, la revivificación se deberá a la caída directa de la norma derogada. Es claro que si una ley se encuentra emanada con vicios de forma, por ejemplo el hecho de haber pasado solamente por una de las dos Camaras del Parlamento, la misma no será una ley propiamente dicha y al no ser tal, es lógico que carezca de efectos derogatorios; como también es lógico, que si no existe derogación por parte de una ley posterior, continuará vigente la ley anterior a la misma.

De todos modos se puede observar que ultimamente existe una tendencia de los sistemas concentrados de control de constitucionalidad a desarrollar un rol normativo no sólo negativo, sino también positivo, que se demuestra por un rol activista de las cortes constitucionales, y por la creación de sentencias con carácter modificadorio del ordenamiento vigente, como en Italia las sentencias "*additive*" o "*sustitutive*". A su vez, este rol normativo a nivel de las fuentes, se acentúa en Italia por la existencia de una especie de sistema mixto en el cual, se determina la existencia de la vía incidental y directa para acceder a la Corte, lo que le permite lograr un acabado conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad existentes, y que vayan surgiendo, con la finalidad de corregir los errores y poner en equilibrio el sistema.

Concluyendo, podríamos decir que el sistema italiano de justicia constitucional, goza de ciertas peculiaridades, que ciertamente lo distinguen de uno y otro modelo existente en materia de control de constitucionalidad de las

---

<sup>92</sup>- Vid. A. SANDULLI, "*Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale...*", *op. cit. supra* (nº 32), pág. 48.

leyes. No obstante, es evidente que existe una mayor proximidad del mismo a su modelo en Europa, el sistema austríaco, y no al modelo difuso Americano.



## **CAPITULO SEXTO**

**LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE  
INCONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES  
ITALIANAS: CRITERIOS Y TENDENCIAS DESDE LOS ORIGENES HASTA  
EL AÑO 1986**



## A- NORMAS JURIDICAS REGULADORAS DE LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### 1- PROSPECTIVIDAD O RETROACTIVIDAD ?

Ha llegado el momento de analizar la evolución histórica de las diferentes corrientes asumidas en el sistema de justicia constitucional italiano, en relación a los efectos temporales de las sentencias de la Corte constitucional que declaran la ilegitimidad constitucional de una ley, o de un acto con fuerza de tal. En el presente sistema, nos encontramos en presencia de una disposición normativa contenida en la Constitución misma, y otras dos normas complementarias: la primera de ellas también de nivel constitucional, y la segunda contenida en una ley orgánica. El análisis complementario y coordinado de esas normas jurídicas, nos ayudará a comprender con mayor claridad el desenvolvimiento de la problemática de la cual nos estamos ocupando. Basándonos en estos tres pilares, sobre los cuales el sistema de justicia constitucional italiano encuentra sus fundamentos y alimenta su propia naturaleza, obtendremos el punto de partida para luego adentrarnos en las distintas posiciones asumidas tanto por la Corte Constitucional misma, como por la Casación, y la doctrina, que han contribuido a una más clara comprensión y exposición de la evolución operada en la materia.

En primer lugar debemos referirnos al artículo 136 de la Constitución italiana, el cual reza:

*"Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione delle decisione. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali*

*interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali".*

El mismo establece, interpretado literalmente, que las normas declaradas inconstitucionales por parte de la Corte Constitucional, perderán su eficacia a partir del día sucesivo de la publicación de la decisión.<sup>1</sup> Parecería deducirse en un primer análisis, que en realidad estamos en presencia de una norma que expresa claramente su intención de hacer correr los efectos de la sentencia de declaración de inconstitucionalidad solamente hacia el futuro, es decir *ex nunc*.<sup>2</sup> Pero basta detenerse a analizar su complemento, la ley constitucional N° 1 de 1948 en su artículo 1 (*Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte Costituzionale*), para darse cuenta que se había llegado a una conclusión apresurada. El mismo, al establecer el nacimiento del proceso constitucional en vía incidental dentro de un proceso ya en curso, trae consigo consecuencias no susceptibles de ser ignoradas. Su texto establece:

---

1- Ante la posibilidad de tratarse de dos publicaciones diferentes, se ha destacado en doctrina el problema de determinar a qué publicación se refiere la Constitución. Al respecto, remitimos al capítulo precedente, punto C- 2.

2- Existen en doctrina partidarios de esta doctrina de irretroactividad de las sentencias declarativas de la ilegitimidad constitucional de una norma. En ese sentido entre otros, ver: P. CALAMANDREI *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, pág. 49, 53, 57, 59, 69, 75; S. BARTHOLINI *La promulgazione*, Milano, 1954, pág. 352 y ss.; M. S. GIANNINI "Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norma", en *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Vol. IV, Padova, 1958, pág. 511 y ss. especialmente pág. 527; G. ABBAMONTE *Il processo costituzionale Italiano*, Napoli, 1957, Vol. I, pág. 244.

*"La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione."*

De esta forma, una vez en vigencia la ley N° 1 del 1948, por medio de la cual se crea la posibilidad de elevar una cuestión o planteamiento de inconstitucionalidad en vía incidental dentro de un proceso judicial en curso, la situación debía necesariamente cambiar. La Corte Constitucional, como mínimo, debe hacer efectiva su sentencia en relación al caso concreto *a quo* en el cual se ha puesto en relevancia la contradicción entre la ley que debe ser aplicada para la resolución del caso concreto, y la Constitución.<sup>3</sup> Con ello se obtendría una aplicación extensiva hacia el pasado de la decisión de la Corte Constitucional, un efecto *ex tunc* limitado.

Fundamentalmente, se ha manifestado que si así no fuere, carecería de sentido la instauración de la vía incidental como medio de acceso a la Corte

---

<sup>3</sup>- Esta consideración se revela altamente considerable desde que el proceso *a quo* vendrá suspendido hasta que la Corte Constitucional se expida sobre el problema planteado. Ello conforme al artículo 23, párrafo 2, ley 11 de Marzo de 1953, N° 87, "*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale*", "...L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso." Dicha suspensión, con anterioridad a la presente ley, aunque no regulada expresamente, era deducible del artículo 295 del Código Procesal Civil. En este sentido, P. CALAMANDREI *La illegittimità costituzionale delle leggi...*, op. cit. (n° 2), pág. XII, XVIII, 72 ss. y 92 ss.; G. AZZARITI "Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi", en *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, Vol. IV, pág. 46 - 47.

Constitucional, si finalmente aun ante la declaración de inconstitucionalidad de la norma cuestionada, la misma fuese igualmente aplicada al caso *a quo*.<sup>4</sup> Se produciría de esa forma, el resultado exactamente opuesto a aquél perseguido por la parte que incoa la oposición entre la norma aplicable al caso concreto y la Constitución, con la intención que ante la desaplicación de dicha norma, desaparezca el perjuicio potencial que su aplicación le hubiera causado.

Ahora bien, aclarado que por medio de la Ley constitucional N° 1 (1948) en su artículo 1 y como consecuencia del mismo, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley o acto con fuerza de tal, se hacen aplicables al caso *a quo* en el que surge la duda acerca de la legitimidad de la norma en cuestión; nace el problema de determinar qué sucederá con todos los demás casos en curso de desarrollo y pendientes de solución, en los cuales la norma que teóricamente debería resolver el conflicto haya sido declarada inconstitucional ? En virtud del principio de igualdad ante la ley, y de certeza del derecho, se obtiene como una hipótesis imposible el deber de los jueces de aplicar una norma ya reconocida y declarada ilegítima por inconstitucional para la resolución del caso que se les plantea, sobre todo, cuando en otro proceso, la desaplicación de dicha norma cuestionada ya ha sido puesta en acto. Esto sucede fundamentalmente por las siguientes razones: en primer lugar, dos situaciones

---

<sup>4</sup>- Igualmente se ha destacado en doctrina, el desinterés en el que se verían sumergidas las partes del juicio, en relación a obtener una declaración de inconstitucionalidad de una norma que eventualmente podría llegar a afectarlos, si luego, ellos mismos no se convertirán en beneficiarios de su desaplicación. En ese sentido ver, G. ZAGREBELSKY: *voz "Processo costituzionale"*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXVI, Milano, 1962, pág. 272, "*L'efficacia solo per il futuro avrebbe potuto conciliarsi con un meccanismo di instaurazione basato su un'azione ufficiale astratta d'incostituzionalità o sull'iniziativa disinteressata del quivis de populo...*". En igual sentido ver, N. LIPARI "*Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*", en *Giust. civ.* 1962, *Prima parte*, pág. 227.

de características similares tanto en cuanto al momento de su realización, como al momento de su juzgamiento, no pueden ser resueltas en aplicación de principios jurídicos diversos. Esto implicaría evidentemente una violación del principio de igualdad ante la ley. En segundo lugar, si la norma debe perder la capacidad de ser aplicada a partir del día siguiente al de la publicación de la decisión declarándola ilegítima; y, si a partir de ese momento, para la resolución de un caso judicial se hiciera valer dicha disposición ahora inconstitucional, en violación de la sentencia de la Corte Constitucional, y en otro de idénticas características dicha norma se viera desaplicada, deriva como consecuencia una desvalorización del principio de certeza del derecho. Dicho principio, intenta mantener las normas rectoras de la conducta social, de tal forma que sean de aplicación uniforme y sean al mismo tiempo, previsibles por las partes afectadas, en virtud de ser una disposición estable y duradera y no un elemento del mundo jurídico susceptible de ser desatendido por simple comodidad en la resolución de una litis, o bien sin justificación alguna.

Este es el momento en que entra a jugar un papel importante el artículo 30 de la Ley ordinaria N° 87 del año 1953 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*), en su párrafo tercero, el cual establece la pérdida de la capacidad de ser aplicada de la norma declarada inconstitucional, desde el día siguiente al de su publicación.

*"Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno succesivo alla pubblicazione della decisione."*

Claramente se observa que esta disposición tiene como referentes normativos las situaciones ya acaecidas con anterioridad a la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, pero que están siendo o que serán juzgadas con posterioridad a dicha declaración. De esa forma, ante estos casos no será

posible utilizar la ley ya declarada ilegítima, a los efectos de dirimir la contienda. Sin entrar en la discusión de si en realidad nos encontramos frente a una modificación de la voluntad del constituyente, plasmada en el artículo 136 de la Constitución (efectos *pro futuro*), se debe aceptar el hecho de que esta flexibilización hacia el pasado de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, se debe necesariamente a la adaptación a la cual el ordenamiento jurídico global se vió sometido, como consecuencia del artículo 1 de la ley constitucional N° 1 (1948), creador del proceso constitucional en vía incidental. <sup>5</sup>

## 2- LIMITES AL PRINCIPIO DE LA EFICACIA *EX-TUNC*

Obtenemos de la interpretación conjunta de estas tres normas jurídicas, que la sentencia declarativa de inconstitucionalidad posee efectos particulares de retroactividad <sup>6</sup>, retroactividad que es un reflejo indirecto

---

<sup>5</sup>- Vid. cfr. G. ZAGREBELSKY voz "*Processo Costituzionale*", *op. cit.* (n° 4), pág. 632 - 633.

<sup>6</sup>- Durante los orígenes de esta problemática la doctrina evolucionaba de la siguiente manera: P. CALAMANDREI *La illegittimità costituzionale delle leggi...*, *op. cit.* (n° 2), pág. 49, 53, 57, 59, 69, 75; sostiene que la declaración de inconstitucionalidad no produce efecto retroactivo. La sentencia de la Corte Constitucional no tendría efecto declarativo *ex-tunc*, sino efecto constitutivo *ex-nunc* y sería como consecuencia carente de eficacia respecto del proceso *a quo*. Conforme, durante el período sucesivo a la entrada en vigor de la Constitución, A. AMORTH *La Costituzione italiana*, Milano, 1948, pág. 134; C. CERETI "*Norme costituzionali e leggi ordinarie*", en *Foro pad.* 1948, Vol. IV; G. BALLADORI PALLERI *Diritto costituzionale*, Milano, 1949.

En sentido contrario a dicha eficacia *ex-nunc* se pronunciaban E. GARBAGNATI "*Sulla efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*", en *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, Vol. IV, pág. 193; quien entiende una eficacia *ex-nunc* como la consecuencia de una interpretación exegética del artículo 136, que llevaría a consecuencias absurdas. En virtud del artículo 1 de la



de situaciones procesales, en las cuales a los jueces no les es permitido dar aplicación a las leyes ya declaradas inconstitucionales a las situaciones preexistentes. En principio, la retroactividad consiste no en la emanación de una nueva norma reguladora de las situaciones precedentes, sino en una prohibición de aplicar esa ley ilegítima a dichas situaciones.<sup>7</sup>

---

Ley constitucional Nº 1 (1948) creando la instauración del proceso constitucional en vía incidental, se debe admitir la desaplicación de la norma al caso concreto *a quo*. Igualmente C. ESPOSITO, "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia", en La Costituzione Italiana, Saggi, Padova, 1954, pág. 269-70. En igual sentido, G. AZZARITI "Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi", en Problemi attuali di diritto costituzionale, Milano, 1961, 136 y ss. 159, y en su artículo "L'invalidità delle legge per motivi di forma e di sostanza", en Riv. trim. dir. pubbl. 1951, pág. 114. E. PETRUCCI "La Corte costituzionale", en Commentario sistematico alla Costituzione italiana diretto da Calamandrei Levi, Firenze, 1950, Vol. II, pág. 475; M. ANDREOLI Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi, Padova, 1953, pág. 43 y ss.; L. PICCARDI "La Corte costituzionale in Italia", en Riv. amm. 1951, Vol. I, pág. 243; G. GUARINO "Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime", en Ius 1951, pág. 356; L. MONTESANO "Legge incostituzionale, processo e responsabilità", en Foro it. 1952, pág. 158.

Estas últimas posiciones en favor de la eficacia *ex-tunc* de las sentencias declarativas de ilegitimidad constitucional de una ley, se ven luego fortalecidas por la entrada en vigencia de la Ley Nº 87 (1953).

Posteriormente, luego del 1953, es opinión claramente prevaleciente la fravorable a la eficacia retroactiva. Así, A. SANDULLI "Natura, funzione ed effetti delle pronuncie della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi", en Riv. trim. dir. pubbl. 1959, pág. 23 y ss.; M. CAPPELLETTI La pregiudizialità costituzionale nel processo civile, Milano, 1957, pág. 18; E. T. LIEBMAN "Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", en Riv. dir. proc. 1957, pág. 107; P. BARILE, "La parziale retroattività delle sentenze della Corte costituzionale in una pronuncia sul principio di eguaglianza", en Giur. it. 1960, Vol. I, pág. 903; A. PACE "Espropri incostituzionali; restituzioni e responsabilità civile della P. A. per l'applicazione di leggi illegittime", en Giur. cost. 1962, pág. 1229 y ss.; F. PIERANDREI voz "Corte costituzionale", en Enc. del dir., Vol. X, Milano, 1962, pág. 908 y ss., 966 y ss. P. CALAMANDREI en "Corte costituzionale ed autorità giudiziaria", en Riv. dir. proc. 1956, Vol. I, pág. 26, cambió su opinión, y aceptó la norma del artículo 30 de la Ley Nº 87 (1953).

<sup>7</sup>- Vid. G. ZAGREBELSKY voz "Processo costituzionale", *op. cit.* (nº 4), pág. 634.

Este tipo particular de retroactividad, nos conlleva al enfrentamiento con un nuevo problema, el de la determinación de cuáles serían los límites de dicha retroacción.<sup>8</sup> Esto significa, la dilucidación de en qué casos la desaplicación de las normas declaradas inconstitucionales puede ser incoada, y en qué casos dicha declaración no tendrá alcance alguno. Para enfrentar dicho planteamiento hace falta, no ya referirse a las normas constitucionales, sino a las normas o preceptos de la legislación ordinaria reguladoras de los diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico. En efecto, los límites a este tipo particular de retroactividad deben entenderse delimitados por los valores jurídicos en juego, pertenecientes a cada área del derecho.

Evidentemente que una aplicación retroactiva ilimitada de la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de una ley, traería aparejada la consecuencia negativa en el ámbito civil, de desatender la voluntad de las partes al momento de la realización del acto jurídico. Igualmente, se vería afectada la buena fe de las partes contratantes al momento de contratar o concluir un negocio jurídico cualquiera fuere. No se puede permitir de ninguna manera, que dicha voluntad suprema de las partes en los negocios jurídicos del derecho civil, venga desatendida o menospreciada. Si así sucediera, las relaciones jurídicas perderían seguridad y eficacia, si se analiza la potencialidad, o se asume el riesgo de estar favorecido en un futuro, por la declaración de inconstitucional de la norma que rige el instituo jurídico de que se trate. Otro elemento a ser considerado en la demarcación de los límites a la retroactividad de las sentencias

---

<sup>8</sup>. Evidentemente este aspecto revela una problemática de una cierta embergadura. Ello ya que la doctrina no está conforme sobre el punto, y la jurisprudencia ha sido vacilante, como veremos en el sucesivo desarrollo del presente capítulo.

de inconstitucionalidad, es precisamente el respeto de los distintos estadios en los cuales se divide el proceso. Se debe prestar la atención suficiente, de modo de no alterar la vigencia de institutos tales como la preclusión y la cosa juzgada, elementos ambos, que permiten otorgar certeza al proceso en sí y contribuyen al desarrollo de la seguridad jurídica. Por su parte, también son puntos claves en la determinación de un punto final en el desenvolvimiento de una determinada *litis*. Si se violara la fuerza de la cosa juzgada, se obtendría como contrapartida la inseguridad social en relación al momento final del proceso, perdiendo la sentencia, su carácter de acto último de un procedimiento judicial. Teniendo en cuenta los elementos hasta aquí mencionados, es que se obtiene que dicha desaplicación podrá ser solicitada, solamente en aquellos casos que no hayan sido resueltos definitivamente, o en aquellas situaciones aun no concluidas.

Es por ello, que la doctrina mayoritaria se encuentra concorde al considerar que los efectos del pronunciamiento de ilegitimidad constitucional se reflejan sobre todas las relaciones, con independencia del momento en que las mismas hayan surgido, salvo las definitivamente reguladas o consolidadas.<sup>9</sup> El

---

<sup>9</sup>- V. ONIDA "In tema di interpretazione delle norme sugli effetti delle pronunce di incostituzionalità", en *Giur. cost.* 1965, pág. 1414.

En doctrina, el número de situaciones jurídicas consideradas definitivamente concluidas, y como consecuencia no aptas para obtener la desaplicación al caso concreto de la norma declarada inconstitucional, varía dependiendo del autor de que se trate. Así, algunos autores sostienen que la única barrera capaz de frenar la eficacia retroactiva de la sentencia de la Corte Constitucional es la cosa juzgada. Vid., T. GALLO "La «disapplicazione» per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice", en *Studi in onore di E. Crosa*, Vol. II, Milano, 1960, pág. 917 - 918; E. GARBAGNATI "Sull'efficacia delle decisioni...", *op. cit.* (nº 6), pág. 201-2; G. AZZARITI *Problemi attuali...*, *op. cit.* (nº 6), pág. 130 - 136, 160 - 162, 195-6; G. GUARINO "Abrogazione e disapplicazione...", *op. cit.* (nº 6), pág. 357 y ss.; G. ABBAMONTE *Il processo costituzionale italiano*, *op. cit.* (nº 2), pág. 244; F. PIERANDREI "Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale", en *Studi in onore di V. E. Orlando*, Vol II, Padova, 1955, pág. 140.

problema se plantearía al considerar, si estas situaciones "*esauriti*", quedarían excluidas del efecto de la sentencia estimatoria de la corte, en virtud de limitaciones impuestas a la eficacia de la misma por la legislación; o bien, esas situaciones son ajenas a este problema, pero inciden sobre él, ya que a pesar de ser independientes jurídicamente, limitan la eficacia de la sentencia constitucional.

Al respecto, existen dos posiciones distintas desde las cuales se intenta dar una solución a la efectividad retroactiva de la sentencia de la Corte constitucional. No obstante, la opinión general sostiene que, los efectos de la sentencia se reflejan sobre todas las relaciones independientemente del tiempo en que se hubieran producido, con excepción de las ya reguladas o concluidas, pero no existe acuerdo en cuáles de ellas se debe observar una relación concluida.

Para la primera tesis, el fenómeno de las relaciones agotadas, se relaciona a presuntos efectos jurídicos sustanciales producidos por la ley inconstitucional, en el tiempo anterior a la publicación del pronunciamiento de la Corte. La segunda, en cambio, relaciona estas situaciones agotadas, con normales efectos jurídicos de los eventos como la cosa juzgada o la preclusión, a los cuales

---

Otros adoptan posiciones más avanzadas: C. MORTATI *Istituzioni di diritto pubblico*, Vol VI, Padova, 1962, pág. 955-56, para quien en aquellos casos en que el juicio está pendiente, se regirán por la norma vigente en el momento de su planteamiento o resolución. En el caso de relaciones progresivas, las mismas se regularán de acuerdo a la naturaleza de la norma - derecho privado o público, sustancial o procesal - y de acuerdo a que el derecho de ellas derivante pueda considerarse adquirido. C. CERETI *Diritto costituzionale italiano*, III Ed., Torino, 1953, pág. 465, para el cual la ley inconstitucional conserva su eficacia, en relación a las relaciones desenvueltas íntegramente dentro de su ámbito jurídico. G. BALLADORE PALLERI *Diritto costituzionale*, *op. cit.* (nº 6), pág. 195; quien sostiene que no se puede solicitar revisión de un acto administrativo que al momento es irrecurrible.

sigue la consolidación de la relación. De esta forma, para la primera tesis, se hace necesario hablar de la retroactividad de las sentencias de la Corte, y buscar los límites a los cuales la misma esta sometida. En relación a la segunda, al considerar las relaciones concluidas como efectos jurídicos producidos por eventos ajenos al pronunciamiento de la Corte constitucional, deja de ser necesaria la apelación al concepto de la retroactividad y sus límites, ya que el ordenamiento no hace una calificación *ex post* de los hechos sucedidos, distinta de la que el ordenamiento pasado les hubiera hecho.

Partidario de la primera tesis es Pierandrei <sup>10</sup>, que al sostener que la norma constitucional pierde eficacia luego de la decisión de la Corte, presupone que con anterioridad a esa, la ley ha gozado de eficacia sustancial. Por lo tanto, admite hablar de efectos retroactivos del pronunciamiento de la Corte, ya que el mismo, vendría a alterar la forma en que el ordenamiento jurídico vigente en el momento en que el hecho acaeció, hubiera regulado esa situación. Es decir, que luego de la declaración de inconstitucionalidad y consecuente desaplicación de la norma ilegítima, la situación fáctica vendrá evaluada y regulada, ya no por la norma ilegal, sino por la norma que mejor se adapte a la Constitución <sup>11</sup>.

Por la segunda tesis se pronuncia Valerio Onida <sup>12</sup> quien sostiene que la preclusión y la cosa juzgada, no respetan límites a la retroactividad del

---

<sup>10</sup>. Vid. F. PIERANDREI, *voz "Corte costituzionale"*, *op. cit.* (nº 6), pág. 971.

<sup>11</sup>. También C. MORTATI, "*Abrogazione legislativa e instaurazione costituzionale*", en *Riv. dir. proc.* 1957, pág. 368.

<sup>12</sup>. Vid. V. ONIDA, "*Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine de decadenza*", en *Giur. cost.* 1965, pág. 561 a 572.

pronunciamiento de inconstitucionalidad. La intangibilidad de esas relaciones definitivamente reguladas se explica, como normales efectos que el ordenamiento atribuye al verificarse eventos de los cuales esa intangibilidad deriva, la formación de la cosa juzgada y el transcurso del plazo de preclusión. Esto sucede en virtud, no de que el ordenamiento salve determinados efectos de la ley declarada inconstitucional, sino de que estos eventos poseen una fuerza que prevalece sobre la norma abstracta que regula la situación de que se trate.

Este autor sostiene que como consecuencia, la ley por inconstitucional, nunca ha podido poseer eficacia en el sentido de la obediencia que le deben prestar los sujetos pertenecientes a un ordenamiento jurídico dado. Por lo tanto, estas normas, - antes de la declaración de inconstitucionalidad de la Corte - poseen simplemente eficacia formal, que cesa con el correspondiente pronunciamiento de la Corte, pero no se puede afirmar que en algún momento hayan poseído eficacia material o sustancial, en cuanto contrarias a la norma suprema de la nación.<sup>13</sup>

Zagrebelsky, al respecto, considera que esa retroactividad que se observa en los efectos de los pronunciamientos de declaración de

---

<sup>13</sup>. Dentro de esta corriente de opinión se suscriben también entre otros: G. AZZARITI, quien luego de rectificar su posición de artículos escritos anteriormente, en "*L'invalidità della legge per motivi di forma e di sostanza*", en *Problemi attuali di diritto...*, op. cit. (nº 6), sostiene que si los hechos consolidados son intangibles no es porque la norma inconstitucional lo disponga, sino que ésta deriva de la aplicación de las reglas generales del derecho. También M. CAPPELLETTI, en *La pregiudizialità costituzionale...*, op. cit. (nº 6); P. BARILE, en "*La parziale retroattività delle sentenze...*", op. cit. (nº 6), quien cree que la solución del problema de los límites a la retroactividad es independiente del problema dogmático de la inconstitucionalidad; C. ESPOSITO, en "*Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità...*", op. cit. (nº 6), para quien la norma inconstitucional antes del pronunciamiento de la Corte es eficaz, pero no tiene validez.

inconstitucionalidad de la Corte, es el reflejo indirecto de situaciones procesales en las cuales a los jueces se les prohíbe dar aplicación a las leyes inconstitucionales respecto a situaciones sustanciales ya existentes. Cree que la resolución del problema de la aplicación retroactiva o no de la sentencia de la Corte, debe resolverse en relación a la legislación ordinaria. El mismo autor cree, que las causas de conclusión de situaciones son:

- 1- la adquisición por parte de una sentencia de la fuerza de cosa juzgada; y,
- 2- el transcurso del tiempo cuando a él, el ordenamiento jurídico le atribuye la propiedad de bloquear una situación jurídica. Ve en ellos, los límites a la retroactividad de la eficacia de la sentencia estimatoria de la Corte. Esto sucede en las relaciones de derecho privado con la prescripción, que convierte los derechos en no exigibles o ejercitables. Y en las relaciones de derecho público, con el vencimiento del poder de ejercitar una acción jurisdiccional en contra de actos de la Administración Pública. Por último, dentro del derecho procesal, por medio de la preclusión que convierte un vicio del proceso en irrelevante. <sup>14</sup>

A este punto es oportuno destacar, que se observa en materia penal una excepción a la regla general de la cosa juzgada. El artículo 30, párrafo 4 de la Ley N° 87 (1953) dispone expresamente, que cuando en aplicación de la norma declarada inconstitucional se haya dictado sentencia irrevocable de condena, la misma cesará su ejecución y todos los demás efectos penales.

*"Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali"*

---

<sup>14</sup>- Vid. G. ZAGREBELSKY, *voz "Processo costituzionale"*, op. cit. (n° 4), pág. 634 - 635.

Evidentemente la ley hace una excepción clara y tangible en el ámbito del derecho penal. Ello, en virtud del derecho protegido en este caso, la vida humana con todos los derechos y prerrogativas que ella implica. No podría tolerarse que una persona permaneciera en prisión por un determinado período, si la norma sobre la cual se ha basado su condena fuera declarada contraria o violatoria de la Constitución. En ese caso se terminaría por condenar un individuo, simplemente por haber actuado de acuerdo a la norma suprema del ordenamiento, situación que resultaría en un desprestigio del sistema jurídico todo.

Por lo tanto, y volviendo a un concepto ya enunciado, se puede sostener que lejos de esta discusión doctrinal para explicar el por qué de la intangibilidad de las situaciones "*esauriti*", la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en aceptar la eficacia "*ex tunc*" de la sentencia de la Corte constitucional.<sup>15</sup> Esto es así, desde que a través de la interpretación integrada de los dispositivos legales que regulan la materia, surge que como sostiene el artículo 30 párrafo 3 de la ley nº 87, a partir de la declaración de inconstitucionalidad, la ley no puede tener aplicación; y al no hacer una restricción temporal hacia el futuro, la ley pierde eficacia aun para las situaciones en curso de resolución, con indiferencia del momento en que se hayan producido.

---

15. Vid. A. SANDULLI, "*Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale...*", *op. cit.* (nº 6); M. CAPPELLETTI, "*La pregiudizialità costituzionale...*", *op. cit.* (nº 6); E. T. LIEBMAN, "*Contenuto ed efficacia delle decisioni della...*", *op. cit.* (nº 6); P. BARILE, "*La parziale retroattività delle sentenze...*", *op. cit.* (nº 6); A. PACE, "*Espropri incostituzionali...*", *op. cit.* (nº 6); F. PIERANDREI, voz "*Corte costituzionale*", *op. cit.* (nº 6).



## B- DELIMITACION DEL AMBITO DE EFICACIA DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL POR PARTE DE LA CORTE DE CASACION

Esta delimitación del ámbito en el cual se desenvuelven los efectos de la sentencia declarativa de ilegitimidad constitucional, por parte de la legislación y de la doctrina, no permaneció inalterado, cuando de dicha temática comenzó a ocuparse la jurisprudencia de las cortes. El hecho de establecer la diferencia entre la abrogación, la anulabilidad y la ilegitimidad constitucional, llevaron a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como también a la Corte de la Casación en su expresión civil y penal, a desarrollar un debate en el cual conceptos como invalidez, ejecutoriedad, *accertamento costitutivo*, abrogación, anulación, anulabilidad, desaplicación e ilegitimidad constitucional, han sido los protagonistas. Es decir, la obsesión consistía en determinar la naturaleza jurídica de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, para de esa forma facilitar la determinación correcta del ámbito de desarrollo y expansión de los mismos.<sup>16</sup>

### 1- PERIODO 1957 - 1962

Así inicialmente la jurisprudencia de la Casación civil se orienta en sentido coherente con la opinión de la doctrina mayoritaria, aceptando de tal forma el efecto retroactivo limitado de las sentencias declarativas de ilegitimidad constitucional. Su primera manifestación sobre esta cuestión fue en el año 1957, realizada por medio de dos sentencias sucesivas, que trazaron los grandes

---

<sup>16</sup>- Al encontrarse el presente punto extremadamente ligado al de la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, y al de la determinación de la naturaleza jurídica de la función de la Corte Constitucional, es que nos permitimos remitir a efectos complementarios al capítulo precedente, punto C-1, C.1-I, C.1-II.

lineamientos de una de las tendencias o corrientes que permaneció casi inalterada a lo largo de la evolución de esta problemática.<sup>17</sup> Posteriormente, dicha corriente se ve continuada sin grandes modificaciones en sus máximas, al mismo tiempo que permanecen inmutables los razonamientos conceptuales que le daban base.<sup>18</sup>

En realidad, dos son los aspectos más sobresalientes de esta doctrina, la primera, la clara aceptación de la eficacia retroactiva aunque limitadamente, de las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de una ley o acto con fuerza de tal; la segunda, surge como un punto de confusión en esta tendencia jurisprudencial. Nos referimos a que sostiene que dicha declaración operará del mismo modo y con la misma extensión del *jus superveniens*.<sup>19</sup> Y hacemos referencia a una confusión, ya que en doctrina, el

---

17- Nos referimos a la *Sentenza Cass. civ. Sez. I, 16 settembre 1957 n° 3491*, en *Giur. it. 1957*, Vol. I, pág. 1, 1211; y a la *Sentenza Cass. civ. Sez. I, 16 settembre 1957 n° 3492*, en *Giust. civ. 1957*, Vol. I, pág. 93, ambas con contenidos altamente similares. La idea fundamental expresa: que la norma contenida en el artículo 136 de la Constitución, "...*va intesa nel senso che la pronuncia d'incostituzionalità mentre, da un canto, lascia salvi tutti gli effetti ormai irrevocabilmente prodottisi in modo definitivo in base alla norma di legge dichiarata incostituzionale, spiega, invece, la sua efficacia sulle situazioni giuridiche non ancora esaurite, in quanto tuttora suscettibili di essere diversamente regolate per effetto della pronuncia stessa.*" Como consecuencia el juez debe, en cualquiera sea el estado del proceso, y aun de oficio, tener en cuenta dicho pronunciamiento de inconstitucionalidad en el momento de tomar su decisión, en el mismo modo y con la misma extensión de un *jus superveniens*.

18- En sentido conforme se observan: la *Sentenza Cass. civ. 16 ottobre 1957 n° 3884*; *Sentenza Cass. civ. 23 ottobre 1957 n° 4186*; *Sentenza Cass. civ. 10 dicembre 1957 n° 4639*. Todas ellas en *Giust. civ. Mass. 1957*, pág. 1464, 1587, y 1759 respectivamente.

19- E. GARBAGNATI *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, en *Riv. dir. proc. 1974*, pág. 201, específicamente pág. 206, sostiene que la doctrina es casi unánime en

efecto típico del *jus superveniens* tiene carácter contradictorio con un efecto retroactivo aunque limitado de la sentencia de la Corte Constitucional. De todos modos, dicha perplejidad surge ante un análisis superficial de dicha tendencia, ya que es evidente la intensión de la Casación civil sobre el tema: la sentencia de la Corte Constitucional operará sobre todas las situaciones y controversias en curso de resolución, y respetará sólo aquellas que ya hayan sido resueltas en forma definitiva.

Esta dirección de la jurisprudencia tuvo una continuidad en los años sucesivos.<sup>20</sup> Aun dentro de la misma línea de pensamiento, en 1961 se introduce, por medio de la sentencia de la Casación civil n° 1271<sup>21</sup> una leve modificación en consideración a la naturaleza jurídica de la norma declarada inconstitucional. Hasta ese momento, la misma venía considerada como anulable, a partir de esta sentencia, la misma vendrá considerada como nula. Dicha modificación surge en el presente caso, simultáneamente con la primera

---

considerar que la sentencia declarativa de inconstitucionalidad proveniente de la Corte Constitucional, no actúa de acuerdo a los principios que regulan la sucesión de las leyes en el tiempo. A efectos de un análisis más profundo de las corrientes doctrinales al respecto, remitimos a dicho estudio.

20.- Así aplicando el mismo principio general, se observan: *Sentenza Cass. civ. SS. U.U. 24 ottobre 1958 n° 3458*, en *Mass. ann. della Cass 1958*, pág. 1241, que estipula: "*La pronuncia d'illegittimità costituzionale ha effetto su tutti i rapporti pendenti, su tutti i rapporti, cioè, non ancora definiti con sentenza passata in giudicato, ond'è che il giudice deve tener conto della pronuncia della Corte Costituzionale allo stesso modo e con la stessa estensione di un caso di jus superveniens*". En sentido conforme *Sentenza Cass. civ. 23 marzo 1959 n° 876* en *Giust. civ. 1959*, Vol. III, pág. 99; y *Sentenza Cass. civ. 16 aprile 1959 n° 1137*, en *Giur. cost. 1959*, pág. 514; *Sentenze Cass. civ. SS. U.U. 22 luglio 1960 n° 2077 y n° 2082*, en *Mass. Giur. it. 1960*, pág. 519.

21.- *Sez. I, 30 maggio 1961*, en *Mass. Giur. it. 1961*, pág. 366.

manifestación expresa de otorgar a dichas sentencias efectos *ex-tunc*.<sup>22</sup> De esta forma, se considerará la norma declarada constitucionalmente ilegítima como si nunca hubiera existido.<sup>23</sup>

Si bien el estado de la jurisprudencia hasta el presente momento se presenta relativamente calmo, con pequeñas variaciones que no alteran en el fondo el carácter retroactivo de los efectos de la sentencia que declara la ilegitimidad constitucional de una norma, el conflicto comienza a hacerse evidente con la sentencia de la Casación nº 172.<sup>24</sup> Con ésta, la casación anticipa el vuelco total y absoluto en materia de la eficacia de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley, que hasta ahora venía reconocida como retroactiva, y que desde el dictado de la presente sentencia viene caracterizada como no retroactiva o pro-futuro.<sup>25</sup> Esta postura vendrá posteriormente

---

22- En igual sentido obsérvese *Sentenza Cass. civ. Sez. III 30 maggio 1961 nº 1273*, en *Mass. Ann. Cass. 1961*, pág. 550, en la que se establece que la sentencia de la Corte Constitucional declarando la ilegitimidad de una norma, la convierte en inaplicable a todos los casos en los cuales exista pendiente una controversia judicial, siempre que sobre los mismos no haya recaído la cosa juzgada, de tal forma, "...il giudice deve tener conto dell'intervenuta dichiarazione d'illegittimità costituzionale della legge, con efficacia *ex tunc*." Destaco nuestro. En igual sentido *Sentenza Cass. civ. Sez. III 6 novembre 1961 nº 2565*, en *Mass. Giur. it. 1961*, pág. 785.

23- Esta variación introducida por las sentencias antes mencionadas, tendrá un corto período de vida, debido a que la Casación civil, revisará dicha posición y flexibilizándola, reconocerá el carácter de anulable de la norma ilegítima en las sentencias *Cass. civ. SS. UU. 22 giugno 1963 nº 1705 - 1706 - 1707*, en *Mass. giur. it. 1963*, col. 586 - 590.

24- *Sentenza Cass. civ. 30 gennaio 1962*, en *Giur. cost. e civ. 1962*, parte I, pág. 1532.

25- "Gioverà comunque sottolineare che, secondo l'art. 136 della Costituzione, quando la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità di una norma di legge, questa cessa di avere efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della decisione e ciò vuol dire che la pronuncia di incostituzionalità,

confirmada por parte de la Casación en sus Secciones Unidas por medio de la sentencia del 22 de marzo de 1962 nº 593.<sup>26</sup>

En contra de esta nueva tendencia jurisprudencial, continúa siempre vigente y prevaleciente como opositora, la tesis tradicional que otorga efectos *ex-tunc* al pronunciamiento declarativo de inconstitucionalidad.<sup>27</sup>

## 2- PERIODO 1962 - 1972

Todo este estado de contradicción incluso interna en la opinión misma de la Casación civil, se ve agravada por un contraste de opiniones entre esta última y la Casación penal. En el año 1962, las Secciones Unidas de la Casación penal, en una sentencia<sup>28</sup> dictada posteriormente a la declaración de

---

*al pari dell'jus superveniens, non ha efficacia retroattiva."* Sentenza nº 172, citada *supra* (nº 24), pág. 1534, letras en negrita nuestro.

<sup>26</sup>- En *Giust. civ. 1962*, Vol. I, pág. 616.

<sup>27</sup>- En el mismo año 1962 se observan las siguientes sentencias: *Cass. civ. 7 luglio nº 1749*, en *Giust. civ. Rep. 1962*, ver voz *Corte costituzionale*, pág. 114; *Cass. civ. 30 agosto nº 2732*, en *Foro amm. 1963*, II, pág. 178; *Cass. civ. 29 novembre nº 3224*, en *Giust. civ. Rep. 1962*, ver voz *Corte costituzionale*, pág. 115.

<sup>28</sup>- *Sentenza Cass. pen. SS. UU. 27 ottobre 1962, Ingrosso*, en *Foro it. 1963*, parte II, pág. 1. A continuación del proveído de fecha 7 de julio de 1961, con el cual el Procurador de la República dispuso la remisión del procedimiento al Pretor de Lecce en virtud del artículo 30 del Código Procesal Penal, este último emitió decreto de citación contra Pietro Oreste Ingrosso, imputándole el delito de robo agravado, en concurso con el atenuante del artículo 62 bis del Código Penal, y la contravención de uso de arma blanca, de características de las prohibidas. La sentencia de condena del Pretor fue confirmada por el tribunal con fecha 17 de marzo de 1962, y recurrida por

ilegitimidad constitucional del artículo 30, párrafo 2 del Código de Procedimiento Penal, intenta dar una solución al problema de los efectos temporales de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, en relación a los procesos penales en curso. En dicha sentencia, el principio de la retroactividad viene sustituido por el principio basado en la imperatividad de la ley procesal vigente, al momento de la producción del acto de que se trate.<sup>29</sup>

De esta forma, el principio *tempus regit actum*, comenzará a regir en materia penal, como regulador de los efectos temporales de la sentencia declarativa de ilegitimidad constitucional de una norma de derecho procesal. Este principio continuará a repetirse a lo largo del desarrollo posterior de esta temática en la jurisprudencia de la Corte de Casación penal<sup>30</sup>, mientras desde la opinión de la Casación civil continuará la oposición contra dicha postura,

---

el imputado. La Corte observa que se plantea como prejudicial, la cuestión de la influencia en el presente proceso, de la sentencia nº 88 (7 de julio de 1962 - en *Foro it. 1962*, I, pág. 1217) con la cual la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 30 y 31 del Código Procesal Penal, que permitían al Procurador de la República, otorgar a la competencia del Pretor, casos que serían de competencia del tribunal y viceversa.

29- En el presente caso el Pretor, al pronunciar su sentencia con anterioridad a la publicación de la sentencia de la Corte constitucional (*Gazzetta Ufficiale* nº 177 - 14 luglio 1962), ha aplicado la ley del tiempo. No habiendo surgido en tiempo útil controversia alguna sobre la competencia del mismo a efectos de dictar dicha sentencia de condena, la sentencia debe ser valorada de acuerdo a las normas vigentes al tiempo en que la misma fue pronunciada. Sentencia del 27 de octubre de 1962, *Ingrosso*, citado *supra* (nº 28), col. 5.

30- Como veremos posteriormente *Cass pen. Sez. I* 16 luglio 1963, *Guarnaschelli*, en *Riv. trim. dir. proc. pen. 1963*, pág. 986; *Cass. pen. Sez. I* 26 febbraio 1964, *Natoli e altri*, en *Cass. pen. Mass ann. 1964*, pág. 1094; *Cass. pen. Sez. IV* 6 luglio 1965, *Diddi*, en *Giust. pen. 1965*, III, pág. 554; *Cass. pen. Sez. III* 1 luglio 1965, *Scatizzi*, en *Giust. pen. 1965*, III, pág. 555.

oposición que se ve mayoritariamente expresada a través de la tesis tradicional de esta última. Dicha teoría tradicional, sostenedora de la eficacia retroactiva limitada de la sentencia que pronuncia la ilegitimidad constitucional de una norma, tiene en el año 1963 sus primeras expresiones en decisiones relacionadas a la ilegitimidad constitucional del principio *solve et repete*, y establecen que el mismo será inoperante respecto de todos los procesos pendientes, con la posibilidad incluso de ser desaplicado de oficio, en cualquier estado o grado del proceso.<sup>31</sup>

Pero concretamente, y a pesar de otras corrientes que han nacido aisladamente dentro de la orientación jurisprudencial de la Corte de Casación civil<sup>32</sup>, su respuesta a la posición adoptada en el caso *Ingrosso*, viene manifestada por medio de tres decisiones emanadas el mismo día por las Secciones Civiles Unidas, y que intentan dar una solución global a la confusión reinante.<sup>33</sup> Estas

---

31- Ver Cass. civ. 28 gennaio 1963 n° 132, en *Giust. civ. Mass. 1963*, pág. 59; Cass. civ. 30 gennaio 1963 n° 145, en *idem*, pág. 66; Cass. civ. 27 febbraio 1963 n° 476, *idem*, pág. 232; Cass. civ. 23 marzo 1963 n° 738, *idem*, pág. 341; Cass. civ. 27 marzo 1963 n° 746, *idem*, pág. 345; Cass. civ. 27 marzo 1963 n° 757, *idem*, pág. 350; Cass. civ. 27 marzo 1963 n° 759, *idem*, pág. 351; Cass. civ. 3 aprile 1963 n° 830, *idem*, pág. 388. Por su parte, la sentencia 13 maggio 1963 n° 1176, en *Giust. civ. Mass. 1963*, pág. 557; sostiene que la declaración de inconstitucionalidad de una norma sustancial de derecho tributario, implica la pérdida de la posibilidad de plantear una pretensión, por falta o inexistencia de derecho.

32- Ver por ejemplo *Sentenza Cass. civ. 28 febbraio 1963 n° 498*, en *Boll. Trib. 1963*, pág. 861; en la cual se sostiene aisladamente el contenido declarativo de la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de las leyes. Dicha posición parece haberse asumido por última vez en la sentencia Cass. civ. SS. UU. 19 maggio 1964 n° 1224, en *Mass. Foro it. 1964*, pág. 317.

33- Nos referimos a Cass. civ. SS. UU. 22 giugno 1963 n° 1705 - 1706 - 1707, en *Giur. it. 1963*, pág. 586 a 590.

tres sentencias comparten la eficacia retroactiva de los pronunciamientos de la Corte Constitucional; consideran a la norma declarada ilegítima como anulable y no ya como nula. <sup>34</sup> Dicha retroactividad, por su parte, será limitada a los procesos o situaciones en curso o pendientes, y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad no serán aplicables a los casos ya resueltos en forma definitiva. <sup>35</sup> Se especifica que la sentencia de la Corte Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una ley o acto con fuerza de tal, pertenece a la categoría de los actos denominados de "*accertamento costitutivo*", con efectos *erga omnes* y con eficacia retroactiva limitada. <sup>36</sup>

---

34. *"La norma dichiarata costituzionalmente illegittima non è nulla ab initio ma annullabile, di tal che prima della pronuncia che la dichiara incostituzionale essa deve essere osservata come norma costituzionalmente legittima."* Sentenza Cass. civ. n° 1705, *supra* (n° 23), col. 1387.

35. *"Detta parziale retroattività, desunta dalla formula dell'art. 136 in coerenza con la natura ed efficacia degli atti ai quali è referita, è confermata dalle previsioni dell'art. 30 3° e 4° comma, legge 11 marzo 1953 n. 87... la retroattività delle pronunce d'incostituzionalità deve stabilirsi per singoli fattispecie, accertando se il rapporto possa meno o ritenersi esaurito."* Sentenza n° 1706, citada *supra* (n° 23), col. 1370.

36. *"...l'obiettivo e l'essenza della decisione demandata alla Corte costituzionale,...consiste appunto nell'accertare e dichiarare il menzionato vizio, con efficacia erga omnes. ...E tale dichiarazione... s'inquadra piuttosto nella categoria dei cosiddetti accertamenti costitutivi... Ed in effetti, è appunto dal coordinamento dell'art. 1 di questa legge (Ley constitucional N° 1 del 9 de febrero de 1948) con il ripetuto art. 136 che si desume, in maniera univoca e sicura, l'efficacia retroattiva della pronuncia di incostituzionalità..."* En relación a los límites a dicho principio general, se manifiesta que los mismos *"...si coordinano a fattori estrinseci che determinano l'interferenza nella disciplina della fattispecie concreta di altre norme le quali neutralizzano a priori le conseguenze che la pronuncia d'incostituzionalità è astrattamente idonea a produrre."* Esos límites se observarán cuando *"...in relazione agli atti o ai rapporti precostituiti si siano determinate situazioni giuridiche ormai esaurite, ossia consolidate ed intangibili, e come tali insuscettibili di essere rimosse o diversamente regolate."* Sentencia n° 1707, citada *supra* (n° 23), col. 1356 - 1359.



Si bien esta doctrina era dominante, a partir de la sentencia n° 1707, se convertirá en una máxima por excelencia dentro de la opinión de la Casación civil.<sup>37</sup> Como contraposición, la misma firmeza de convicción se observa en la Casación penal, pero sosteniendo la doctrina exactamente contraria. Su postura se va fortaleciendo constantemente, y con la ocasión de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 234, párrafo 2 del Código Procesal Penal, por parte de la Corte Constitucional<sup>38</sup>, encuentra nuevamente la oportunidad de reforzar aún más su propia doctrina, ratificando los conceptos desarrollados en el caso *Ingresso*.<sup>39</sup> Lo mismo sucede todavía, ante la declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 392, párrafo 1, del Código Procesal

---

37- Prueba de ello observamos en la jurisprudencia sucesiva que se manifiesta absolutamente conforme a dicha sentencia, ver: *Cass. civ.* 16 luglio 1964 n° 1917, *Mass. Foro it.* 1964, pág. 497; *Cass. civ.* 30 luglio 1964 n° 2196, *idem*, pág. 581; *Cass. civ. Sez. III* 13 agosto 1964 n° 2320, *Mass. Giur. it.* 1964, pág. 785; *Cass. civ. SS. UU.* 7 ottobre 1964 n° 2546, *idem*, pág. 859; *Cass. civ. Sez. III* 4 maggio 1965 n° 801, *idem*, 1965, pág. 287.

38- Por medio de la sentencia de la Corte Constitucional n° 110, del 22 de junio de 1963, en *Foro it.* 1963, I, pág. 1281.

39- De esta forma, en la sentencia *Cass. pen. Sez. I* 26 febbraio 1964, *Natoli ed altri*, en *Foro it.* 1964, parte II, pág. 463; la Corte reafirmando los precedentes *Ingresso* (*Foro it.* 1963, II, 1) y *Guarnaschelli* (*Foro it., Rep.* 1963, Voce "Istruzione penale", n. 27) sostiene: "Questo principio, imposto tra l'altro dalla stessa fondamentale esigenza della certezza sociale del diritto, impedisce che rapporti giuridici sorti, formati e definiti sotto l'impero di una norma processuale, che nell'ambito di essi abbia esaurito la sua specifica funzione normativa, possano essere posti automaticamente nel nulla per effetto della successiva abrogazione della norma stessa in conseguenza della intervenuta declaratoria di incostituzionalità." Posteriormente en sentido conforme: *Cass. pen.* 20 gennaio 1964, *Delfino*, *Foro it.* 1964, II, pág. 13; *Cass. pen.* 24 aprile 1964, *Landati*, *Mass. pen.* 1965, pág. 838; *Cass. pen.* 11 marzo 1964, *D'Alessandro*, *Mass. pen.* 1965, pág. 548; *Cass. pen.* 18 dicembre 1964, *Di Giovanni*, *Mass. pen.* 1965, pág. 834; *Cass. pen.* 24 gennaio 1964, *Torresin*, *idem* 1964, pág. 984.

Penal. La Corte Constitucional con sentencia n° 52 <sup>40</sup> declara inconstitucional por contradictoria con el artículo 24 de la Constitución, la parte del artículo 392 del Código Proc. Pen. que establece "*in quanto sono applicabili*" permitiendo no aplicar a la instrucción sumaria los artículos 304 bis, ter, quater del mismo Código. En dicha oportunidad, la Casación penal, reafirma la vigencia del principio *tempus regit actum* <sup>41</sup>, como contrapuesto a la eficacia retroactiva de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de una ley que continúa siendo la postura de la Casación civil. <sup>42</sup>

Surge ahora expresamente la doctrina creada por la Casación penal, por la cual, la declaración de inconstitucionalidad, no tendrá incidencia alguna sobre la validez de los actos procesales penales ya completados en seguimiento de la ley ahora ilegítima, y no exigirá minimamente su reproducción. Simplemente el acto procesal derivará su legitimidad de la norma vigente en el momento de su producción, en acuerdo con el principio *tempus regit actum*. Como fundamentación de esta postura, se alude al principio de conservación de los actos procesales, por el cual se excluye la reproducción de un acto ya completo ante el surgimiento de una nueva norma. Igualmente se recurre a la consideración de las dificultades que traería aparejado, si se tuvieran que

---

<sup>40</sup>- Sentencia del 16 de junio de 1965, en *Foro it. 1965*, I, pág. 1160; publicada en la *Gazzatta Ufficiale* n° 162, del 3 de julio de 1965.

<sup>41</sup>- Primeramente a través de "*Sezione simple*" en los casos, *Cass. pen. Sez. IV*, 6 luglio 1965, *Diddi*, *Giust. pen. 1965*, III, pág. 554; *Cass. pen. Sez. III* 1 luglio 1965, *Scatizzi*, *idem*, pág. 555. Luego hará lo propio por medio de sus "*Sezioni Unite*" en la sentencia *Cass. pen. 11 dicembre 1965*, *Tarantini*, *Foro it. 1966*, II, pág. 65.

<sup>42</sup>- Ver *Cass. civ. Sez. I* 15 luglio 1965 n° 1531; *Cass. civ. Sez. I* 16 giugno 1965 n° 1251, *Foro it. 1966*, I, col 328 y ss.

renovar todos los actos procesales realizados bajo el imperio de las normas ahora declaradas inconstitucionales. Por todo ello, se concluye a favor de la irretroactividad, concepto aplicable solamente a los actos procesales penales, quedando excluidos de la aplicación de este nuevo principio, tanto los actos basados en derecho de fondo o sustancial, como los actos procesales civiles, que siguen rigiéndose por la doctrina derivada de la sentencia de la Casación civil nº 1707 antes mencionada. <sup>43</sup>

En los años sucesivos, lejos de llegar a una solución unívoca internamente en la jurisprudencia de la Corte de Casación, la diferencia de opiniones entre la Casación civil y penal, motivaron el nacimiento de complicaciones adyacentes. Nace así, planteada por dos sentencias provenientes de tribunales diferentes <sup>44</sup> una distinción de eficacia de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, dependiendo de si la norma ilegítima fuese de derecho sustancial, o de derecho de forma o procesal. Este esbozo de distinción, a lo cual debemos sumar la particular posición adoptada por la Casación penal, dió el

---

<sup>43</sup>- Cass. pen. 11 dicembre 1965, Tarantini, *Foro it.* 1966, II, pág. 65. "In base a queste considerazioni non può non dedursi che, una volta compiuto l'atto, esso resta fermo nel corso dell'intero giudizio, anche dopo la dichiarazione di illegittimità della norma in base alla quale era stato compiuto: nella diretta applicazione da parte del magistrato esecutore la norma aveva esaurito la sua efficacia, sì che la successiva invalidazione della norma stessa è giuridicamente indifferente, nel processo, rispetto a quell'atto." Finalizando la Corte establece que "...non possono non riconoscere che la decisione stessa non solo è conforme all'unica interpretazione possibile del diritto positivo, quando, poi, corrisponde, per tutte le ragioni predette, alle più vive, profonde, sostanziali esigenze della giustizia." En particular, col. 77 y 79-80.

<sup>44</sup>- Trib. Ferrara, ord. 6 luglio 1965, *Foro it.* 1966, II, pág. 55; y Trib. Varese, ord. 30 dicembre 1965, *Giur. cost.* 1965, pág. 1412 y ss.; ambas reproponen a la Corte Constitucional, el examen de la constitucionalidad del artículo 30, párrafo 3, de la ley Nº 87 del 11-3-1953, en relación a los artículos 24 y 136 de la Constitución.

basamento suficiente para elaborar dicha propuesta, concretándose posteriormente en la jurisprudencia de esta última.

De esta forma quedarán delineadas las tendencias mayoritarias de la Casación. Por un lado, la Casación civil continuará firmemente convencida de la eficacia retroactiva de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, con la única limitación de las relaciones definitivamente concluidas al tiempo de la publicación de la misma.<sup>45</sup> Sin embargo, y a pesar de la estabilidad adquirida a través de este lineamiento mayoritario, en los años 1969/70, comenzaron a delinearse algunas ondulaciones en la materia. Así, algunos reconocerán efectos retroactivos a la sentencia declarativa de inconstitucionalidad en virtud del carácter de originario del vicio del cual padece la norma en cuestión<sup>46</sup>; otros comenzarán a dudar de que conceptos como nulidad, anulabilidad, ineficacia, sean capaces de caracterizar los efectos de este tipo de sentencias, y serán los que determinarán la transición hacia el nuevo concepto de desaplicación<sup>47</sup>. Por último, se encuentran los casos que recurren al

---

<sup>45</sup>- A partir del año 1965 observamos en conformidad a dicho principio general: *Cass. civ. Sez. I* 15 luglio 1965 n° 1531; *Cass. civ. Sez. I* 16 giugno 1965 n° 1251; ambas en *Foro it.* 1966, I, pág. 328 y ss.; *Cass. civ.* 10 giugno 1965 n° 1158, *Mass. Foro it.* 1965, pág. 338; *Cass.* 7 gennaio 1967 n° 75, *Foro it.* 1967, I, pág. 542.

<sup>46</sup>- *Cass. civ.* 20 aprile 1972 n° 1809, *Mass. Foro it.* 1973, pág. 321; *Cass. civ.* 15 gennaio 1973 n° 142, *Giust. civ.* 1973, I, pág. 588; *Cass. civ.* 18 ottobre 1973 n° 2634, *Foro it.* 1974, I, pág. 105.

<sup>47</sup>- *Cass. civ. SS. UU.* 25 settembre 1969 n° 3823, *Foro it.* 1969, I, pág. 2721; *Cass. civ.* 25 ottobre 1972 n° 3225, *Giust. civ.* 1973, I, pág. 806; *Cass. civ. SS. UU.* 20 marzo 1973 n° 762, *idem*, 1973, I, pág. 917.

concepto de desaplicación, como término intermedio que permite resolver con mayor simplicidad y claridad esta problemática <sup>48</sup>

Por el otro lado, la Casación penal, continua empeñada en otorgar a la sentencia declarativa de la ilegitimidad constitucional de una norma, sólo efectos pro-futuro, y haciendo cada vez más vigente el principio del *tempus regit actum*, con lo cual se establece la inalterabilidad de los actos procesales concluidos aun cuando el proceso al que pertenecen esté en curso de desarrollo. <sup>49</sup>

### 3- PERIODO 1972 - 1986

Las complicaciones en el seno de la Corte de casación parecían no tener fin. El entrelazado de principios tejidos en el largo proceso de búsqueda de una solución global al tema de los efectos temporales de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, se volvía cada vez más difícil de controlar. Así en el año 1972, la Casación penal, al actual estado de situación, incorporó un nuevo ingrediente diferenciador de situaciones. <sup>50</sup> La misma, trazó una línea divisoria dentro de la misma categoría de normas de derecho procesal, en

---

<sup>48</sup>- Cass. civ. SS. UU. 21 giugno 1969 n° 2201, Giur. it. 1969, I, 1, 1637; Cass. civ. SS. UU. 24 aprile 1970 n° 1181, Foro it 1970, I, pág. 1899; Cass. civ. 22 giugno 1972 n° 2043, Giur. it. 1973, I, 1, 1135.

<sup>49</sup>- Cass. pen. Sez. II 22 gennaio 1965, Russo e altri, Mass. Cass. pen. 1966, pág. 289, m. 387; Cass. pen. 26 marzo 1967, Foro it. 1967, II, pág. 257; Cass. pen. Sez. II 11 gennaio 1967, Giur. it. 1967, II, pág. 97; Cass. pen. Sez. IV 26 gennaio 1967, Giur. it. 1967, II, pág. 98; Cass. pen. Sez. IV 14 gennaio 1969, Hudorovich, Mass. Cass. pen 1970, pág. 700, m. 991; Cass. pen. Sez. VI 27 febbraio 1969, Premstaller, idem, 1970, pág. 1051, m. 1499.

<sup>50</sup>- Cass. pen. 2 marzo 1972, Confalonieri, Cass. pen. Mass. 1973, pág. 1383.

relación a las cuales hasta ese momento, la declaración de inconstitucionalidad no había tenido eficacia retroactiva en virtud del principio del *tempus regit actum*. Las normas de derecho procesal, a partir de ese momento quedaron divididas en dos sub-categorías:

a- la de las denominadas *norma strumentale assoluta* o *norma strumentale di portata assoluta*, la que incluye aquellas que se refieren a la existencia misma de un instituto primario de derecho procesal; y,

b- la categoría que comprende aquellas normas procesales concernientes al *modo di atteggiarsi* de aquel instituto procesal primario, es decir su instrumentación e implementación.

Sobre cada una de estas dos categorías, la sentencia proclamativa de la ilegitimidad constitucional, actuará una eficacia absolutamente diferente. En el caso de las normas pertenecientes a la primera de las categorías enunciadas, la eficacia del pronunciamiento de la Corte Constitucional declarando la ilegitimidad de una de ellas, se extenderá también en relación a una actividad cumplida con anterioridad a la decisión constitucional, siempre que no se haya verificado una preclusión o no se haya conformado la cosa juzgada. En punto a las normas incluidas dentro de la segunda categoría, continuará a regir el principio del *tempus regit actum*.<sup>51</sup> Esta corriente diferenciadora de la eficacia de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, basándose en el tipo de norma que viene proclamada como ilegítima, será continuada por la Casación penal en los años sucesivos, sin variantes en el modo de considerarla, estáticamente.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup>. Ver Cass. pen., Confalonieri, citado *supra* (nº 50).

<sup>52</sup>. Obsérvese: Cass. pen. Sez II 8 marzo 1972, Scarpellini, *Cass. pen. Mass.* 1973, pág. 1386, m. 1869; Cass. pen. 27 novembre 1972, Fici, *idem*, 1974, pág. 201; Cass. pen. Sez. IV 20 dicembre 1972, Fenotti e altri, *idem* 1974, pág. 406, m. 565; Cass. pen. 28 giugno 1973, Vangioni, *idem*, 1975, pág. 346.

Contemporaneamente, la Casación civil continuaba insistiendo en la validez de la teoría de la retroactividad limitada de la eficacia de las sentencias declarativas de la ilegitimidad constitucional de las leyes, aunque oscilante en relación a la naturaleza de la norma declarada inconstitucional (nula o anulable), y en punto también, a la naturaleza jurídica de la declaración de inconstitucionalidad en sí misma (nulidad, anulabilidad, ineficacia, desaplicación).<sup>53</sup>

---

Igualmente obsérvese que existe una paralela aplicación del principio *tempus regit actum*, ver a título ejemplificativo, *Cass. pen.* 25 gennaio 1973, *Riva*, *Foro it.* 1973, II, pág. 265; *Cass. pen.* 5 gennaio 1973, *Chieppa ed altri*, *Cass. pen. Mass* 1975, pág. 346; *Cass. pen.* 6 dicembre 1978, *Pirrello*, *Riv. pen.* 1979, pág. 770; *Cass. pen.* 30 settembre 1982, *D'Amico*, *Riv. pen.* 1983, pág. 608.

<sup>53</sup>- Aun siendo toda la jurisprudencia civil unánime en la aceptación de la retroactividad de la sentencia de la Corte Constitucional, véanse las siguientes orientaciones. Partidarios del concepto de desaplicación: *Cass. civ.* SS. UU. 24 aprile 1970 n° 1181, *Foro it.* 1970, I, pág. 1899; *Cass. civ.* 22 giugno 1972 n° 2043, *Giur. it.* 1973, I, 1, 1135; *Cass. civ.* 26 luglio 1973 n° 2183, *Mass. Giur. it.* 1973, pág. 769; *Cass. civ.* 19 ottobre 1975 n° 3243, *Mass. Giur. it.* 1975, pág. 925; particularmente importante en esta corriente de pensamiento es la sentencia *Cass. civ.* 11 aprile 1975 n° 1384, *Mass. Giur. it.* 1975, pág. 379 la cual establece: "*La pronuncia di illegittimità costituzionale di una norma di legge compta non già l'abrogazione, o la declaratoria di inesistenza o di nullità, o l'annullamento della norma dichiarata incostituzionale, bensì la disapplicazione della stessa, dando luogo a un fenomeno che si colloca, sul piano effettuale, in una posizione intermedia tra l'abrogazione, avente di regola efficacia ex nunc, e l'annullamento che, normalmente, produce effetti ex tunc.*" Igualmente encontramos otros ejemplos en *Cass. civ.* 23 giugno 1979 n° 3514, *Mass.* 1979; *Cass. civ.* 9 marzo 1982 n° 1180, *Mass.* 1982.

Partidarios del concepto de anulación: *Cass. civ. Sez.* 17 giugno 1974 n° 1688, *Giur. it.* 1975, I, 1, col. 479.

Resulta igualmente remarcable, que en una única oportunidad, la Casación Civil adhirió a la categorización realizada por la Casación Penal de las normas procesales (*ex nunc*), normas sustanciales (*ex tunc*); véase *Cass. civ.* 16 maggio 1973 n° 1391, *Foro it.* 1973, I, pág. 1735.

Solamente en el año 1986 se puede advertir una unificación de la opinión de la Corte de Casación, tanto civil como penal <sup>54</sup>, y por otra parte, concordante con la opinión de la misma Corte Constitucional, a la cual haremos referencia. Este gran evento a nuestro criterio anticipado progresivamente <sup>55</sup>, se produce con la sentencia de la Casación Penal Sección III del 30 de junio de 1986, *Vismara* <sup>56</sup>, en la cual se expresa la aceptación integral de la opinión de la Corte Constitucional, en virtud de la cual sus sentencias tienen eficacia retroactiva limitada, con la excepción de las relaciones y situaciones resueltas definitivamente. Se expresa claramente que la sentencia declarativa de inconstitucionalidad posee eficacia invalidante y no abrogativa, produciendo consecuencias similares a las derivadas de la anulación, desenvolviendo sus efectos no sólo hacia el futuro, sino también retroactivamente, con excepción de las situaciones jurídicas ya consolidadas en forma definitiva.

En relación a éstas últimas, se plantearía el problema de su determinación. Cuáles serían estas situaciones consolidadas definitivamente? Al respecto y con el objetivo de responder al presente interrogativo, se han sucedido

---

<sup>54</sup>- Es esta la opinión perteneciente a F. SAJA en "*L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento*", en *Quaderni Costituzionali* 1989, pág. 9. Sin embargo, en nuestra opinión, con anterioridad a este precedente citado por Saja, se observaban ya antecedentes tan claros de dicha teoría como el invocado por este autor.

<sup>55</sup>- Ver Cass. pen. 26 settembre 1984, Saccuzzo, *Riv. Pen.* 1985, pág. 724; Cass. pen. 15 ottobre 1984, Giacomuzzi, *idem*, pág. 724; Cass. pen. 7 luglio 1984, Cunsolo, *Giur. it.* 1985, II, pág. 178; Cass. pen. 12 novembre 1984, Galeotti, *Riv. pen.* 1985, pág. 1119; Cass. pen. 21 giugno 1985, Bossa, *Riv. pen.* 1986, pág. 545.

<sup>56</sup>- En *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987, pág. 722.



a lo largo del tiempo en la consideración de la jurisprudencia y de la doctrina, diversas teorías reguladoras de la sucesión de las leyes en el tiempo.<sup>57</sup> Así, para la teoría procesalista, - como ya hemos destacado -, una situación consolidada se observaría en el caso en que una determinada etapa procesal esté precluida. Esto significa que, por efecto del transcurso del plazo establecido por las leyes de forma para impugnar un cierto acto procesal que adolezca de un vicio, el mismo aun afectado de algún defecto será irrevocable. Igualmente, un proceso judicial se vería definitivamente resuelto una vez que la sentencia que resuelve la litis haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Ello implica, como consecuencia, la inexistencia de una posibilidad recursiva para lograr una modificación de la misma. En el proceso penal, por su parte, la situación es exactamente igual, salvo por la circunstancia - en el derecho italiano - regulada por el artículo 30 párrafo 4 de la Ley N° 87 de 1953 *supra* transcripto, el cual dispone expresamente que, cuando en aplicación de una norma declarada inconstitucional se haya dictado sentencia irrevocable de condena, la misma cesará su ejecución y todos sus efectos penales. Ello significa, que en caso de venir declarada inconstitucional por contradictoria con la norma suprema una ley por medio de la cual se tipifica una conducta delictuosa, al cesar la misma su existencia, con ella cesarán también los efectos de la sentencia que se ha valido de dicha norma, ahora inconstitucional, para condenar al procesado.

Para la teoría de los derechos adquiridos, en cambio, una situación consolidada se configura cuando por efecto del paso del tiempo, un derecho ha pasado a ser irrevocablemente adquirido por una persona. Esto implica que no existirá ninguna posibilidad de ejercer acciones judiciales o extrajudiciales,

---

<sup>57</sup>- Vid. L. M. DIEZ PICAZO La derogación de las leyes, Madrid, 1990, pág. 185.

tendientes a obtener la restitución de la cosa o el derecho del cual se ha perdido la posesión o la propiedad. Esta ha sido la posición doctrinal clásica, implica que "...la posible retroactividad de la ley nueva encuentra su límite en el respeto de los derechos adquiridos de conformidad con la ley anterior. La ley nueva no puede nunca violar o lesionar derechos adquiridos con anterioridad, sino que los derechos adquiridos deben ser respetados". <sup>58</sup> Esta tesis ha presentado grandes dificultades en su aspecto práctico aplicativo, uno de ellos ha sido la definición del concepto de «derecho adquirido» en sí mismo, por otro lado, dicha teoría era de aplicación limitada al área de los derechos subjetivos de naturaleza privada, dejando irresueltos todos los demás problemas planteados fuera del espectro mencionado.

Por último, se encuentra la teoría del hecho jurídico realizado (*factum praeteritum*), por la cual "...cada hecho jurídico debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente en el momento en que dicho hecho se produce o acontece (*tempus regit actum*)."<sup>59</sup> De esa forma un acto realizado durante la vigencia de la vieja norma se regirá por ella misma, y un hecho acaecido durante la vigencia de la nueva disposición, sólo a ella deberá corresponder. Esta teoría

---

<sup>58</sup>- L. DIEZ PICAZO - A. GUILLON Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica., Vol. I., Madrid, 1990, pág. 128 - 131, en especial pág. 128.

<sup>59</sup>- L. DIEZ PICAZO - A. GUILLON Sistema de Derecho Civil..., *op. cit.* (nº 58), pág. 130.

también trajo ciertas complicaciones derivadas de las diferentes interpretaciones realizadas por cada uno de los autores. <sup>60</sup>

De todos modos, como se desprende de la explicación de las diferentes teorías existentes en materia de regulación del conflicto de las leyes en el tiempo, es prácticamente imposible establecer un principio rector general de aplicación a todas las situaciones existentes, y que proporcione una solución general o global. <sup>61</sup> Aun no siendo exhaustiva, resulta bastante adecuada al derecho italiano aquella que por situación consolidada considera que se deba entender, como ya remarcáramos destacando la opinión de Zagrebelsky, toda aquella en la cual el ordenamiento jurídico atribuye al paso del tiempo la propiedad de bloquear una situación jurídica; así, igualmente, la cosa juzgada.

Ahora bien, cuál es la justificación para generar este respeto en relación a estas situaciones o relaciones denominadas consolidadas? Evidentemente no surge otra respuesta que no sea el respeto del principio de la

---

<sup>60</sup>- Una variación de la presente teoría se observa en la posición de P. ROUBIER *Les conflicts des lois dans le temps*, Paris, 1929-1933, pág. 63 y ss. Su teoría se basa sobre una doble distinción: a partir de la noción de situación jurídica el presenta, a- las leyes relativas a la constitución o a la extinción de una tal situación; y, b- las leyes que son concernientes a los efectos de dichas situaciones. Sobre dicha diferenciación distingue tres soluciones posibles: 1- la regla general sería el efecto inmediato de la nueva ley; y las excepciones, 2- la retroactividad de la ley nueva, o 3- la prolongación de la vigencia de la ley anterior.

<sup>61</sup>- A los efectos de profundizar sobre la evolución histórica de estas teorías, así como una explicación exhaustiva de las mismas y su incidencia en el derecho privado, Vid. E. SZASZY "Le conflits de lois dans les temps", en *Recueil des Cours 1934*, Vol. I, pág. 147 a 256.

certeza del derecho. Si ante cada pronunciamiento de la Corte Constitucional, una serie de situaciones jurídicas, o bien, de sentencias consideradas finales debieran ser cambiadas o modificadas o revertidas, resultaría en una imposibilidad de estar seguros de actuar de acuerdo a derecho. Los sujetos sometidos a un determinado régimen jurídico, no podrían actuar con la conciencia de que sus actos son legítimos hoy, y que igualmente vendrán considerados mañana. Todo ello causaría un grave desconcierto, que concluiría en una situación de inseguridad e incerteza, que seguramente podría desembocar en resultados extremos.

Existe en este punto, otra observación que ha sido destacada desde la doctrina española <sup>62</sup>, pero también adaptable a Italia, cuando comentando el artículo 40 párrafo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), el cual establece que: " las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención, o limitación de la responsabilidad". Es la relacionada también a las limitaciones a la retroactividad de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad. Desde esta posición se sostiene que el hecho de que la eficacia *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad deba detenerse frente a la "santidad de la cosa juzgada", no es un fenómeno que deba plantearse en

---

<sup>62</sup>. Vid. L. M. DIEZ PICAZO La derogación de las leyes, *op. cit.* (nº 57), pág. 266 y nota nº 197.

forma absolutamente automática. Ante la posibilidad que la declaración de inconstitucionalidad no posea efectos retroactivos, llevaría a una interpretación mas restrictiva del artículo antes mencionado, lo que nos traería a la conclusión de establecer que la declaración de inconstitucionalidad no permite revisar procesos terminados. Ello, sin que de esta premisa deba inferirse necesariamente una consecuencia afirmativa o positiva de la retroactividad forzosa de la eficacia de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad. Deriva de esta consideración, que la concepción que subyace en el artículo 40.1 LOTC no resulta convincente, ya que realizaría una diferenciación entre situaciones pasadas, en litigiosas y no litigiosas, privilegiando las primeras.

Cabría en este estadio plantearse si tal diferenciación surge realmente, y hasta qué punto existiría un beneficio de parte de las situaciones litigiosas, en relación a las no litigiosas. Ulteriormente nos deberíamos plantear, si dicho privilegio, en caso de existir, no sería legítimo. Evidentemente no se puede negar la existencia de una diferencia - desde el punto de vista de la ley que les será aplicable -, entre las situaciones que han entrado a formar parte de un proceso judicial y ya han sido resueltas con sentencia definitiva y aquellas que no, siempre y cuando se esté hablando de una situación extrajudicial aun no concluida definitivamente, y que será planteada en un futuro, pero con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad de la norma de que se trate. Esta aclaración es importante ya que si en ambos casos nos referimos a situaciones aun no consolidadas, tanto a la sometida a un proceso como a la extrajudicial se les aplicará la nueva norma. Ello ya que la norma declarada inconstitucional vendrá desaplicada para la resolución de los procesos en curso, y si la situación extrajudicial, arribara al punto de plantearse judicialmente con posterioridad, la misma será resuelta de acuerdo al derecho vigente, o sea, no considerando la norma ahora inconstitucional.

Hipotetizando que se planteara el análisis de una diferencia semejante, el beneficio de las situaciones no litigiosas consistiría en la posterior desaplicación de la norma inconstitucional, mientras que el caso judicial definitivo y con sentencia irrevocable ha sido resuelto en aplicación de una norma que ahora es considerada ilegítima. En realidad, dicho privilegio nos resulta inexistente, ya que las partes que han participado en un proceso ya concluido, en su oportunidad han gozado igualmente de la posibilidad de elevar la cuestión de inconstitucionalidad a la Corte Constitucional. Para el caso que no lo hubieran hecho, es una responsabilidad propia, un error propio cometido o por desidia o por ignorancia, situaciones no protegidas por la ley.

Y, aun admitiendo que dicha circunstancia sometiera a las distintas situaciones a una desigualdad, ese privilegio no sería legítimo? La respuesta dependerá de la posición asumida por cada jurista. Creemos que el derecho es una fuente de regulación de situaciones jurídicas, pero su existencia no implica siempre y necesariamente, la obligación de instaurar un proceso judicial. Es más, en realidad se debería tender a evitar la creación de nuevos procesos contenciosos o litigiosos, y probar en el límite de lo posible, la resolución de las controversias a través de soluciones propuestas extrajudicialmente por las partes. Si ésto no sucede, creemos el privilegio encuentra su justificación en la intención de movilizar a las partes que se encuentran de frente a una contienda o litis, a resolverla sin recurrir al aparato judicial, que se traduce necesariamente en un desgaste de energía y de dinero, no sólo de parte de las personas envueltas en el problema sino también de parte del Estado.

Un razonamiento totalmente distinto sería el de considerar como lo hace el autor antes mencionado, que las beneficiadas son las situaciones judiciales, ya que las mismas no se verán sometidas a la revisión del caso ante la aplicación retroactiva de la sentencia de la Corte Constitucional; mientras que las

partes que han intentado resolver sus problemas pacíficamente, si se verán en su caso, sometidas no ya a la ley declarada ilegítima, sino a la nueva ley que surja como aplicable en conformidad con la norma fundamental. Siguiendo la misma línea de planteamientos realizada en los párrafos precedentes, primero, debemos concluir que evidentemente una diferencia de tratamiento surge indiscutible. En segundo lugar, debemos ver si realmente existe un beneficio en favor de las situaciones litigiosas. En relación a este tema, sumamente discutible, debemos tomar en consideración una serie de elementos. Ante todo si la ventaja consiste en la imposibilidad de la revisión del caso, creemos que no se pueda hablar de una ventaja en sentido propio. El caso concreto de que se trate quedará resuelto en conformidad a una norma que es ilegítima, y esto no puede considerarse una ventaja o beneficio. Por otro lado, es precisamente esta imposibilidad de revisión judicial del proceso lo que da seguridad a las partes, y a todo el sistema jurídico en general. Es este el valor a ser protegido, la seguridad y la certeza jurídica. Será él el valor superior a ser protegido, ya que va más allá de la resolución de un simple conflicto de intereses, el primero es un valor atinente a la sociedad toda, y es ese interés general que debe primar sobre los intereses individuales. No se nos presenta otra ventaja posible, de la cual concretamente se puedan beneficiar las situaciones litigiosas, y es por ello mismo que no podemos pasar al análisis del último cuestionamiento, el relativo a la legitimidad de esa diferencia o beneficio. La razón por la cual no nos adentramos en él, es simplemente porque no somos del aviso que una ventaja tal exista, y todo ello por la línea de argumentos hasta aquí expuesta.

De esta forma llegamos a la unificación de criterios entre la Casación civil y penal, opinión como veremos a continuación, también compartida por la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional.

## C- EVOLUCION DE LAS POSICIONES ASUMIDAS POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Aunque a los efectos de nuestro estudio se ha hecho necesario hacer referencia a la posición asumida por la Corte de Casación a través de su jurisprudencia, en virtud de ser la misma una de las destinatarias de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, es ahora el momento de adentrarnos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.<sup>63</sup>

Como ha sido destacado por la doctrina<sup>64</sup>, la controversia entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación, en relación a la incidencia de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad de una ley sobre los actos del proceso penal ya realizados, pero no protegidos por la cosa juzgada, tuvo su origen en la sentencia constitucional N° 52 (1965).<sup>65</sup> A partir de esta sentencia, la Casación, que hasta ese momento había adherido - aunque en ocasiones oscilante - a la teoría de la retroactividad del efecto de las sentencias declarativas de

---

63. Hemos decidido analizar la presente jurisprudencia independientemente, no sólo con la finalidad de destacar su importancia para el desarrollo de nuestro trabajo, sino también con la finalidad de facilitar la observación de su evolución en forma particularizada.

64. Vid. L. GUGLIELMI "I limiti alla c.d. retroattività delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale relativamente agli atti del processo penale", en Consiglio di Stato, 1970, II, pág. 926.

65. Sentenza 26 giugno 1965 N° 52, Giur. cost. 1965, pág. 699. En el presente caso, se declara la inconstitucionalidad del artículo 392, párrafo 1, cod. proc. pen., por contradictoria con el artículo 24 de la Constitución italiana. Dicha declaración afecta la parte en la cual, "...estendendo all'istruzione sommaria le norma stabilite per l'istruzione formale solo «in quanto sono applicabili», autorizza ad escludere che, anche nell'istruzione sommaria debbano trovare applicazione le disposizioni degli artt. 304 bis, ter, quater, poste a garanzia del diritto di difesa."



inconstitucionalidad en la materia en la que la misma hubiese sido dictada, comienza a recurrir al principio del tiempo, en relación a los actos procesales penales, a efectos de evadir la retroactividad de la sentencia de la Corte Constitucional. <sup>66</sup>

Hasta ese momento, la situación de la jurisprudencia constitucional había sido suficientemente incompleta y ambigua. La Corte Constitucional en pocas oportunidades se había expresado sobre los efectos temporales de sus sentencias en concreto, y en los pocos intentos de hacerlo, no logra la claridad suficiente como para ser entendida. <sup>67</sup> La Corte Constitucional, reacciona por primera vez sobre el punto, con motivo del planteamiento de inconstitucionalidad del artículo 30 de la Ley N° 87 del 11 de marzo de 1953, por contradictorio al artículo

---

<sup>66</sup>- Ver *Cass. pen. SS. UU.* 11 dicembre de 1965, *Tarantini*, *Foro it.* 1966, II, col. 65.

<sup>67</sup>- Ver *Sentenza* 14 giugno 1956 N° 1, *Giur. cost.* 1956, pág. 1; en la cual lo único que la Corte expresa es que, los institutos de la abrogación y de la ilegitimidad constitucional de las leyes no son idénticos, pero se mueven sobre planos diversos y con efectos y competencias diferentes. Igualmente *Sentenza* 29 marzo 1960 N° 16, *Giur. cost.* 1960, pág. 164; en la que la Corte parafraseando el artículo 136 de la Constitución, dice que las normas declaradas inconstitucionales cesan de tener eficacia desde el día siguiente al de la publicación de la decisión, luego transcribe el artículo 16 de la Constitución, pero no aclara si los efectos deben aplicarse retroactiva o prospectivamente. *Sentenza* 21 giugno 1961 N° 36, *Giur. cost.* 1961, pág. 634; destaca que a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, sigue la ineficacia de los actos emitidos sobre la base de dicha ley, pero no clarifica si dicho efecto será aplicado con eficacia *ex nunc* o *ex tunc*. Posteriormente ver *Sentenza* 30 maggio 1963 N° 73, *Giur. cost.* 1963, pág. 398; que establece que el legislador no puede no aceptar la inmediata cesación de la eficacia jurídica de las normas declaradas ilegítimas, ni prolongarle la vida por medio de la sanción de una nueva ley de igual contenido. De todos modos, nada dice acerca de la prospectividad o de la retroactividad.

136 y al artículo 24, párrafo 2 constitucionales. La misma se pronunciará en su sentencia del 29 de diciembre de 1967, Nº 127.<sup>68</sup>

En ella se destaca que el tema de los efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, debe resolverse a la luz de la combinación del artículo 136 párrafo 1 de la Constitución, del artículo 1 de la Ley constitucional Nº 1 (1948) y el artículo 10, párrafo 3 de la Ley Nº 87 (1953). Por su parte, devuelve a la competencia de los órganos jurisdiccionales, la aplicación concreta de los principios que de dicha interpretación deriven. Todo ello complementado con el hecho de que en la declaración de ilegitimidad constitucional, se ataca la norma desde su origen, eliminándola del ordenamiento y convirtiéndola en inaplicable a las relaciones jurídicas. Todo esto, a lo cual se suma el carácter sustancialmente invalidante de la declaración de inconstitucionalidad, deriva que dicha declaración produce consecuencias semejantes a las de la anulación. De acuerdo a los efectos de dicho instituto, explicará sus consecuencias sobre las situaciones jurídicas aun en curso de desarrollo, salvo el límite de la cosa juzgada y de las situaciones jurídicas irrevocables. De esta forma, la Corte, como primera reacción explícita a esta problemática que nos ocupa, descarta la teoría de la abrogación, y asume aquella de la anulación, justificando de esa forma, los efectos limitadamente retroactivos de su sentencia declarando la ilegitimidad constitucional de una ley.

La doctrina ha adoptado posturas muy diferentes en torno a la sentencia que estamos comentando. Así están quienes ven en ella características de innovación y no de interpretación; modificación del sistema, que en principio no

---

<sup>68</sup>- En *Giur. cost. 1967*, pág. 1697.

correspondería a la Corte Constitucional. <sup>69</sup> Otros, simplemente explican la sentencia sin definir su posición concreta, lo que hace suponer una aceptación tácita de los principios y contenidos de la misma. <sup>70</sup> Otra parte, critica la sentencia por el hecho que deja la duda acerca de la naturaleza jurídica a ser atribuida al vicio de que adolece la norma declarada inconstitucional. <sup>71</sup>

La Corte Constitucional volverá a asumir posición otra vez más en rechazo de la doctrina elaborada por la Corte de Casación penal, por medio de su sentencia N° 49 del año 1970. <sup>72</sup> Nuevamente el planteamiento de

---

<sup>69</sup>- Vid. G. MONTALBANO "Retrattive le decisioni sulla incostituzionalità", en Homo, 1967, pág. 27

<sup>70</sup>- Vid. F. MATARESE "Le sentenze della Corte costituzionale. Retroattività o irretroattività", en Riv. di Polizia 1967, pág. 84.

<sup>71</sup>- Vid. F. PARESCHI "Sul riconoscimento di incostituzionalità della norma di legge", en Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza 1967, pág. 2525. Este autor, realiza un análisis de las posiciones de la doctrina de la siguiente manera: a- reconoce que la sentencia de la Corte Constitucional tendrá efectos *ex-tunc*, y que esta es indiscutiblemente la doctrina mayoritaria; por su parte, Crisafulli considera atribuir al pronunciamiento de inconstitucionalidad efectos *ex-nunc*, pero que estos efectos con excepción de encontrarnos ante una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, han sido extendidos hacia el pasado; b- Mortati se enrola entre los que consideran la declaración de ilegitimidad constitucional como una invalidez sucesiva de la norma, que actúa desde el origen de la misma; c- Liebman sin definir una solución sostiene, que el efecto inmediato de la declaración de inconstitucionalidad, es la exclusión de la aplicación de la norma al caso *a quo*, y el efecto mediato sería, la desaplicación de la misma desde el día sucesivo al de la publicación de la decisión; d- Sandulli adjudica a la sentencia de la Corte Constitucional, un efecto inmediato de anulación *ex-tunc* sobre el proceso *a quo*, y un efecto mediato, la aplicación *ex-nunc* de la misma sobre los procesos en curso de desarrollo, de la misma forma que el *jus superveniens*.

<sup>72</sup>- Sentenza 2 aprile 1970 N° 49, Giur. cost. 1970, pág. 555.

inconstitucionalidad está referido al artículo 30, párrafo 3, de la Ley N° 87 (1953), por estar en contradicción con el artículo 136 de la Constitución. En esta sentencia, la Corte reafirma en base a las normas mencionadas, el efecto retroactivo de sus pronunciamientos, manifestando que el único problema que se plantearía es el delineamiento de los límites a dicha retroacción. La misma expresa que dichos límites no derivan del artículo 30 de la ley N° 87, sino del obstáculo que a ella le interponen la norma sobre la cosa juzgada, y las otras normas cuya fuerza obstaculante sea reconocida por la autoridad judicial, en consideración de las leyes vigentes. Estos problemas de interpretación, deben ser necesariamente resueltos por los jueces comunes, dentro del límite de sus jurisdicciones. Como consecuencia serán estos últimos quienes decidirán cuándo nos encontramos en presencia de una *situazione esaurita* que provocará el nacimiento de un impedimento para que actúen los efectos desaplicativos derivados de la sentencia que declara la inconstitucionalidad, sobre los procesos en curso.

La sentencia, por su parte, define el pronunciamiento declarativo de inconstitucionalidad como un *accertamento*, semejante a una anulación que implica el cese de la eficacia de la norma que ahora es considerada ilegítima, y esto implica la prohibición de su aplicación. La doctrina también ha tomado posición en esta cuestión. En relación a la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad en sí misma, unos sostienen que es de naturaleza constitutiva desde que implica la abrogación de la ley ilegítima *ex-nunc*, pero sería de naturaleza declarativa desde que impone la desaplicación de la ley ahora ilegítima, con carácter *ex-tunc*.<sup>73</sup> Otros<sup>74</sup>, creen que dicha

---

<sup>73</sup>- Vid. G. GUARINO "Abrogazione e disapplicazione delle leggi...", *op. cit.* (n° 6), pág. 3560.

<sup>74</sup>- Cfr. G. BALLADORE PALLERI *Diritto costituzionale*, *op. cit.* (n° 6), pág. 345.

ilegitimidad no exista hasta la intervención de la Corte Constitucional, con lo cual, una vez declarada la irregularidad constitucional, el ordenamiento considerará como inválida la norma afectada. Según otra posición <sup>75</sup>, la inclinación es a favor del carácter meramente declarativo. Todavía existe otra tendencia doctrinal que considera este tipo de sentencia, como constitutiva del vicio de inconstitucionalidad <sup>76</sup>. Una última postura, es la que considera estar en presencia de una sentencia que implica un acto de *accertamento costitutivo* <sup>77</sup>.

Tampoco existe acuerdo en doctrina sobre la naturaleza jurídica de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad. Así Guarino <sup>78</sup>, afirma que dicha sentencia tiene un doble efecto: 1- abroga *ex nunc* la norma ilegítima privándola de imperatividad, y 2- declara la ilegitimidad con carácter *ex tunc*, de forma tal que no puede volver a ser aplicada. Pugliatti <sup>79</sup>, sostiene que la sentencia de la Corte, actúa sobre la ejecutividad de la norma y no sobre su eficacia, como consecuencia los jueces ordinarios no pueden desaplicarla directamente, sino que ante la duda deben elevar la cuestión a la consideración de la Corte Constitucional, y suspender el proceso hasta la decisión de la última.

---

<sup>75</sup>- Cfr. C. REDENTI *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1957, pág. 77; G. AZZARITI "Gli effetti della pronuncia sulla costituzionalità delle norma", en *Riv. dir. proc.* 1950, I, pág. 185.

<sup>76</sup>- Vid. M. S. GIANNINI "Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norma", en *Giur. cost.* 1956, pág. 902.

<sup>77</sup>- Vid. F. PIERANDREI "Le decisioni degli organi...", *op. cit.* (nº 9), pág. 34-35.

<sup>78</sup>- "Abrogazione e disapplicazione...", *op. cit.* (nº 6).

<sup>79</sup>- Voz "Abrogazione", en *Encicl. diritto*, Vol I, pág. 151 y ss.

Azzariti <sup>80</sup>, es partidario de la eficacia retroactiva de la sentencia de la Corte, de tal forma que del día sucesivo a su publicación, ningún juez puede hacer aplicación de la misma. Para Crisafulli <sup>81</sup>, la sentencia de la Corte, priva inmediatamente de toda eficacia la norma ilegítima, dicho principio no tolera excepciones ya que la decisión de la Corte actúa como una nulidad *ex tunc* con la consecuencia que la norma ilegítima será desde ese momento inaplicable. Balladore Palleri <sup>82</sup> cree que se trata de un efecto no abrogativo, pero si de carácter invalidante y que conlleva a la desaplicación. Sandulli <sup>83</sup> cree que dicha sentencia tenga una verdadera fuerza de ley, y que la única diferencia entre una y otra, es que la sentencia de la Corte tiene una dirección única negativa.

Así, hasta este momento, quedarán delineadas las diferentes soluciones atribuidas durante el presente período, a los efectos temporales de la sentencia que declara la ilegitimidad constitucional de una ley, o un acto con fuerza de tal. La misma poseerá efectos retroactivos, limitados por las situaciones ya definitivamente concluidas o definidas. De aquí en adelante, la preocupación tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, será la resolución del conflicto planteado, por un lado, por la limitación prospectiva de la efectividad de las sentencias de la Corte Constitucional; y por el otro, por aquél derivado del nuevo tipo de sentencias declarativas de inconstitucionalidad, denominado *incostituzionalità sopravvenuta*.

---

<sup>80</sup>- "Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità...", *op. cit.* (nº 69), pág. 185.

<sup>81</sup>- *Riv. dir. proc. civ.* 1966, pág. 207.

<sup>82</sup>- *Dirito costituzionale*, *op. cit. supra* (nº 9), pág. 345 y ss.

<sup>83</sup>- "Natura, funzione ed effetti...", *op. cit.* (nº 6).

## **CAPITULO SEPTIMO**

**UN NUEVO TIPO DE PRONUNCIAMIENTO DE  
INCONSTITUCIONALIDAD: *INCOSTITUZIONALITA SOPRAVVENUTA*.  
UNA AUTOATRIBUCION DEL PODER DE LIMITAR  
PROSPECTIVAMENTE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS  
CONSTITUCIONALES ?**





## A- INCOSTITUZIONALITA SOPRAVVENUTA: SU CONCETTO.

En la evolución experimentada por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, se comienza a advertir en el período que pasamos a analizar, el nacimiento de un nuevo fenómeno. Específicamente, surge un nuevo tipo de sentencia declarativa de inconstitucionalidad que se encuentra ampliamente vinculada con el aspecto relativo a los efectos temporales de dicha sentencia. Estamos refiriéndonos a un nuevo tipo de "*decisioni di fondatezza*" <sup>1</sup>, llamado de "*incostituzionalita sopravvenuta*" <sup>2</sup>.

---

1- En punto a la clasificación de estos pronunciamientos, por resultar confusa su inclusión en este trabajo, remitimos a G. ZAGREBELSKY, "*Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*", en *Quaderni cost.* 1989, Vol. I, pág. 67, en particular 71 y ss.

2- Vid. F. SAJA, "*L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento*", en *Quaderni cost.* 1989, Vol. I, pag. 13 - 14. Esta terminología, si bien utilizada por G. ZAGREBELSKY en su trabajo "*Il controllo da parte della Corte costituzionale degli...*", *op. cit.* (nº 1), en el sentido lato al cual hacemos referencia en este título, también y tradicionalmente es utilizado para referirse al problema suscitado en relación a la ilegitimidad de las leyes, derivante del surgimiento de una nueva Constitución o de una reforma de la misma. Al respecto, resulta conveniente describir los dos fenómenos, para evitar una confusión en la terminología utilizada en nuestro trabajo. En sentido estricto y originalmente, se hablaba de inconstitucionalidad sobrevenida haciendo referencia concreta al problema que derivó de la instauración de la Constitución Italiana de 1948. Es así, que por la entrada en vigor de ésta última, todas o muchas de las normas vigentes con anterioridad a ella, se han convertido en ilegítimas. Ello dado a las modificaciones en los principios generales de derecho, establecidos por la Constitución que por ser una norma posterior y superior, provocó la declaración de esa inconstitucionalidad por parte de la Corte constitucional, sobrevenida a la nueva norma suprema. Otra situación distinta, es la que nos ocupa en el presente capítulo. Aquí nos referiremos a la inconstitucionalidad producida, o bien por la atribución de un nuevo marco de aplicación de la ley impugnada o de la norma constitucional de referencia, de tal forma que entre una y otra surja una contradicción que implique la declaración de inconstitucionalidad de la

La cuestión de la inconstitucionalidad sobrevenida surge según Saja, cuando se le atribuye una nueva "*portata applicativa*" a la ley impugnada o a la norma constitucional de referencia, de tal forma que puede observarse una contradicción entre la primera y la segunda, hasta este momento excluida. Surge así, un pronunciamiento en el cual todavía no se observa una oposición de intereses entre norma impugnada y norma constitucional que justifique una declaración de inconstitucionalidad, pero se destaca una situación idónea a determinar, bajo el perfil temporal, dicha contraposición.

Pero el problema concreto respecto a este tema surgiría concretamente al observar los posibles comportamientos de la Corte constitucional en relación al mismo. La Corte puede adoptar las siguientes posturas:

- a- declarar que a causa del surgimiento de una nueva normación, o por el cambio de las condiciones de hecho de aplicación de una norma, o de la evolución en la percepción social de la misma, ésta es pasible de una declaración de inconstitucionalidad sobrevenida a partir del momento del evento que causó el vicio; o,
- b- Fijar un término a partir del cual comiencen a correr los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, en forma de salvar ciertos efectos pasados y futuros que la misma ley ha producido hasta ese momento, o puede producir.

En el primer caso, la Corte fijando límites a la retroactividad de su pronunciamiento, no haría otra cosa que determinar el momento del surgimiento

---

ley inferior, hasta ese momento considerada legítima, a efectos de reestablecer el equilibrio en el orden jurídico vigente.

del vicio y consecuentemente de la inconstitucionalidad sobrevenida. Pero, en el segundo, agregaría un nuevo elemento de valoración política para evitar el vacío legislativo. <sup>3</sup> Ahora bien, se encuentra dentro de los poderes de la Corte constitucional esa posibilidad de autolimitar los efectos de sus pronunciamientos? Al respecto carecemos de normas jurídicas que regulen el tema, se está ante la presencia de una laguna del derecho, ya que nada establece el derecho positivo; lo único que poseemos es la manifestación pretoria de la Corte - que tampoco se ha pronunciado clara y directamente -, y el análisis doctrinal. No obstante ello, reconocemos que esta carencia de normas reguladoras es comprensible, ya que el fenómeno es muy reciente, y en vistas que la Corte todavía no se ha manifestado concretamente acerca de su posición, el legislador no ha tenido el tiempo necesario para reaccionar otorgando una solución legislativa. Por otro lado, emitir juicios válidos sobre el tema de la inconstitucionalidad sobrevenida sería aventurado, ya que estamos en presencia de un fenómeno aun en etapa de evolución. Los significados e implicancias de este nuevo instituto pueden ser analizados, solamente a través de los casos existentes hasta el momento presente. Ello ya que los futuros comportamientos de la Corte Constitucional en sus pronunciamientos futuros, sólo podrían ser conocidos por la misma Corte, debido a que los lineamientos a ser seguidos se encuentran en evolución aun dentro de su mismo seno. <sup>4</sup>

---

<sup>3</sup>- Vid. S. BARTOLE, *"L'efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento dei valori costituzionali"*, en *Quaderni cost.* 1989, Vol. I, pág. 19 - 20.

<sup>4</sup>- Cfr. G. ZAGREBELSKY *"Il controllo da parte della Corte..."*, op. cit. (nº 1), pág. 195 - 196.

## B- EVOLUCION JURISPRUDENCIAL DE ESTE FENOMENO.

En virtud de ser este movimiento de nacimiento reciente, cremos sería de gran importancia analizar este nuevo fenómeno desde sus orígenes. Ello nos permitirá observar cuáles son los problemas que derivan de esta nueva práctica de la Corte constitucional, y las soluciones alternativas que se han presentado con la finalidad de encontrar una vía de escape sin producir una gran alteración del sistema de control de constitucionalidad tal cual ha sido ideado por el constituyente, y respetando en todo lo que sea posible los principios inspiradores del mismo.

La doctrina se manifiesta conforme al observar como la primera manifestación de este nuevo tipo de sentencias declarativas de inconstitucionalidad, implicando una limitación pro-futuro de sus efectos, en el año 1986 <sup>5</sup>. Aparentemente nos encontraríamos ante una primera reacción de la Corte en forma no intencional, sin tener al menos como objetivo fundamental de su sentencia, la limitación temporal de los efectos de la misma. En efecto, la intención de la Corte Constitucional, parece ser la de limitar en el máximo de sus posibilidades, la contradicción naciente de la presente sentencia declarativa de inconstitucionalidad del artículo 9 de la Ley nº 636 del 1939, y artículo 2 de la ley nº 218 del 1959, en relación a las precedentes sentencias de rechazo de la misma cuestión. <sup>6</sup>

---

<sup>5</sup>- Ver Sentencia nº 137 del 1986, en *Giur. cost. 1986*, pág. 942 y ss.

<sup>6</sup>- En la presente sentencia se resuelve el caso planteado en relación a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 9 del r.d.l. nº 636 del 1939 (convertido en la ley nº 1272 del 1939), modificado por el artículo 2 de la ley nº 1450 del 1956, en la parte en la que establece que la mujer trabajadora pasa a retiro por vejez a los 55 años en vez que a los 60 años como el hombre. En el

Ahora bien, lo que aquí se observa es que la Corte hace uso de una pretendida evolución socio cultural, y de las normas que rigen la materia, con el objetivo no ya de justificar su cambio de opinión en relación a sentencias previas sobre el mismo tema <sup>7</sup>, sino más bien, con la finalidad de establecer un cierto límite temporal a la eficacia de la sentencia que estamos analizando. Concretamente en el dispositivo de la sentencia, se comienza reafirmando los conceptos vertidos en la sentencia precedente nº 123 del 1969, diferenciando la edad de retiro en pensión para la mujer establecido en 55 años y para el hombre en 60. Solamente después de analizar el complejo normativo surgido en los años 1971 y 1977 en relación a la tutela de la maternidad, y el establecimiento de la paridad entre el hombre y la mujer en punto a la relación laboral respectivamente, la Corte llega a la conclusión que a partir de aquél momento las razones que justificaban dicha diferencia habían desaparecido.

Siguiendo ésta línea de razonamiento, la Corte entra en forma casi involuntaria en el análisis de una nueva situación. Inicialmente, la Corte continúa a encontrarse limitada por los artículos 136 de la Constitución, y 30 de la ley Nº 87 del 1953, declarando la inconstitucionalidad de la ley desde sus orígenes. Ahora en cambio, la Corte intenta establecer una distinción entre el

---

presente caso se arguye la inconstitucionalidad de dicha diferenciación entre hombres y mujeres, sosteniendo que dicho privilegio instaurado inicialmente con la intención de proteger el rol femenino de madre y su inferior capacidad de trabajo, ya no se hace necesario, en virtud de los cambios socio culturales experimentados, e igualmente en virtud de los avances tecnológicos, que hacen supérflua dicha diferenciación entre los dos sexos.

<sup>7</sup>- Ver sentencias nº 123 y nº 137 del 1969, en *Giust. civ. 1987*, Vol. III, págs. 249 y 291, en las cuales la Corte rechaza la cuestión de inconstitucionalidad.

período en el cual la ley ha sido constitucional, y una segunda etapa en la cual dicha ley, en virtud de cambios avenidos tanto en la conciencia socio cultural, como en el campo legislativo, ha perdido su legitimidad. Ello implica que la norma no podría venir declarada inconstitucional desde sus orígenes, ya que ello traería como consecuencia la eliminación de una ley inclusive dentro del período en el que la misma era constitucionalmente legítima. Ahora la Corte pretende determinar el momento del surgimiento de la inconstitucionalidad, a partir de un momento determinado, creyendo encontrar la solución de medios necesaria para salir de este laberinto temporal.

El nuevo concepto de la denominada inconstitucionalidad *sopravvenuta* comenzó de esta forma a formar parte de la realidad del sistema de justicia constitucional italiano. Esta chispa no tardó mucho tiempo en causar una gran luz. Sucesivamente, dos años después, por medio de la sentencia nº 179 <sup>8</sup>, la Corte retoma la misma línea de pensamiento. Se repite otra vez más la misma situación anterior, casi con identidad de razonamiento, pero, al igual que en la sentencia precedente, no se observa una correspondencia entre los considerandos y el fallo de la sentencia. La Corte aún consciente del tipo de resultado perseguido, no alcanza a llevar a la parte dispositiva de la sentencia una concreta limitación temporal de los efectos de su sentencia, permanece a mitad de camino, observándose una incongruencia entre la motivación y el dispositivo de la sentencia. De todos modos, éste resultado no alcanzado todavía por parte de estas dos sentencias no es el único aspecto a ser considerado. Más importante

---

<sup>8</sup>- Sentencia nº 179 del 1988, en *Giust. civ. 1988*, Vol. I, pág. 588. En el presente caso se planteaba la inconstitucionalidad del artículo 3, segundo párrafo de la ley nº 1124 del 1965 relativo a la aseguración por enfermedades del trabajo, estableciendo un sistema taxativo fuera del cual, el trabajador no se encontrará protegido, si afectado por una enfermedad de las no contenidas específicamente en la ley antes mencionada.

resulta el descubrimiento de una nueva posibilidad en materia de inconstitucionalidad. No ya solamente el tradicional tipo de inconstitucionalidad originaria, sino la demostración de la posibilidad de existencia de una inconstitucionalidad surgida con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma en cuestión.

En la sentencia n° 179 (1988), la Corte analizará concretamente el problema que plantea el sistema tabular, en la determinación de las enfermedades derivadas del trabajo a los efectos del resarcimiento por parte del empleador al empleado. Observará las ventajas y desventajas, y sobre todo se referirá a las sentencias precedentes sobre el tema.<sup>9</sup> Y, basándose en estas sentencias precedentes, y en el consejo dado en ellas al Legislador de la necesidad del establecimiento de un sistema mixto, declarará constitucionalmente ilegítimo el sistema actualmente vigente. La base para ésta declaración de inconstitucionalidad la obtendrá igualmente de la modificación que ha producido el progreso de las tecnologías de diagnóstico, que han convertido las tablas, en un medio insuficiente y limitado de determinación de las enfermedades resarcibles.

---

<sup>9</sup>- La Corte con sentencia n° 206 del 1974, rechazó la cuestión de constitucionalidad por considerar que el sistema de tablas, posee la ventaja de la presunción legal acerca la etiología profesional de las enfermedades contraídas en el ejercicio de los trabajos insalubres, que exonera al afectado de la prueba de su contracción en virtud de su trabajo. Como contrapartida, este sistema deja vacíos sin tutelar, pero no los considera tan importantes como para violar la garantía constitucional del artículo 38, párrafo segundo de la Constitución. Con su sentencia sucesiva n° 140 del 1981, la Corte declaró nuevamente no fundada la cuestión. De todos modos, en ambos casos, la Corte puso de manifiesto la necesidad de un ensanchamiento de las enfermedades incluidas en las tablas pertinentes, y destacó la urgencia de la adopción de un sistema mixto de determinación de las enfermedades resarcibles, que permita una flexibilización de la taxatividad existente.

Como vemos, la Corte recurre nuevamente a las modificaciones producidas en una área determinada del derecho a efectos de justificar un cambio de dirección de 180 grados en su opinión. Pero esta vez se agrega un nuevo elemento a ser considerado. La Corte se basa en las advertencias manifestadas al legislador en sus sentencias precedentes, para luego dar paso a la declaración de inconstitucionalidad propiamente dicha en la sentencia que analizamos. De tal forma la Corte parece determinar de antemano, el período durante el cual considerará la norma como legítima. Si a dicha manifestación no siguen una serie de cambios por ella aconsejados, dentro de un límite máximo de tiempo, la norma cuestionada vendrá declarada inconstitucional. Estaríamos en presencia de una suerte de declaración de inconstitucionalidad anticipada. Ante la inercia del Legislador en la materia, la Corte utilizará la advertencia realizada, como el momento a partir del cual surge la contradicción entre la norma cuestionada y la Constitución.<sup>10</sup>

Pero aún cuando se han hecho pasos hacia adelante, en una dirección bien determinada y conocida por la Corte Constitucional, sólo se puede decir que nos encontramos concretamente de frente a una sentencia declarativa de una *incostituzionalità sopravvenuta*, con la sentencia nº 266 del 9 de Marzo de 1988.<sup>11</sup>

<sup>10</sup>- Vid. M. R. MORELLI, "Ancora in tema di incostituzionalità sopravvenuta: la sentenza "monito" come preannuncio di incostituzionalità sopravveniente", en *Giust. civ. 1988*, Vol. I, pág. 593.

<sup>11</sup>- En *Foro it.*, Vol. 113, 1988, Parte I-I, pág. 1434 a 1437. La Corte declaró inconstitucional el artículo 15 de la ley nº 180 del 1981 (modificatoria del ordenamiento militar judicial de paz) en su primer párrafo. Dicha declaración afectaba la parte en la cual establecía que los proveídos en relación a los nombramientos, transferencias y a la asignación de funciones a los magistrados militares fueran transitoriamente adoptados, por un término no superior a un año de la entrada en vigencia de la misma ley, en espera de la creación del órgano de autogobierno de los jueces militares por ella establecido, con decreto del Presidente de la República, a propuesta del



En dicha sentencia, la Corte se sirve de la inercia legislativa, a efectos de declarar la inconstitucionalidad de una norma, pero esta vez sí aprovecha para incluir claramente en el fallo la limitación de sus efectos en el tiempo. En práctica, la Corte utiliza la fecha del vencimiento de la ley transitoria, como delimitación del momento preciso a partir del cual dicha sentencia surtiría sus efectos. En el mismo acto, la Corte se encarga de dejar a salvo todos los actos realizados previamente a dicha fecha, en virtud de considerarlos legítimamente constituidos durante la vigencia de la ley transitoria antes mencionada.

La Corte se expresa de la siguiente manera:

*"Va chiarito che la decisione che qui si va ad asumere non tocca in alcun modo gli atti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere in conseguenza del disposto di cui alla norma impugnata, tenuto conto della ricordata, necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale in materia e delle difficoltà contingenti che hanno potuto rallentare la preindicata attuazione. Cio che non può esser tollerato e la protrazione ulteriore dell'inerzia del legislatore ... L'illegittimità costituzionale... che qui si va a dichiarare, derivata, appunto, dall'inerzia legislativa protrattasi per sì lungo tempo, non incide, ripetesì, in alcun modo su quanto finora avvenuto, sia in via amministrativa sia in via giurisdizionale, sotto il vigore della citata norma ordinaria."*

La Corte volverá a utilizar este nuevo tipo de sentencia declarativa de la inconstitucionalidad con una limitación temporal prospectiva, en una sentencia

---

Ministro de Defensa. Dicho contenido ha sido reconocido en contradicción con el artículo 108, párrafo 2 de la Constitución (conteniendo el principio de autonomía e independencia de los jueces militares), en virtud de la perduración de dicho régimen transitorio, mucho más allá del límite máximo de un año establecido por ley.

sucesiva, la segunda sentencia que hará uso expresamente de esa capacidad de limitación en el tiempo de la efectividad de la sentencia. Dictada el 5 de Mayo de 1988, la sentencia nº 501 de la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 1, párrafo 3-1, y 6 de la ley nº 141 de 1985 (relativa a *Perequazione dei trattamenti pensionistici in atto dei pubblici dipendenti*) en la parte en que en lugar de disponer los aumentos previstos por ley, no dispone, ni a favor de los magistrados ordinarios, administrativos, contables, militares, ni a favor de los procuradores y abogados del Estado, pasados a retiro antes del 1 de julio de 1983, la reliquidación de las pensiones sobre la base del tratamiento económico derivado de la aplicación del artículo 3 y 4 de la ley nº 425 del 1984. Y todo ello con la correspondiente aplicación sólo a partir del 1 de Enero de 1988.

12

---

12- Ver esta sentencia en *Giur. cost.* 1988, pág. 2361. En el presente caso, se impugnan los artículos 2 párrafo 2 y 3 de la ley nº 177 de 1976; 18 párrafo 2 y 3 de la ley nº 843 del 1978; 14 párrafo 5 de la ley nº 663 del 1979; 1, 3 párrafo 1, y 6 de la ley nº 141 del 1985, sosteniendo en primer lugar que las normas impugnadas no preveían criterios que garantizaran tratamientos proporcionados a la cantidad y cualidad del trabajo prestado, en relación al artículo 36, párrafo 1 de la Constitución; y en segundo lugar, que ellos disciplinarían irracionalmente con iguales reglas, situaciones intrínsecamente diferentes, y dispondrían tratamientos de pensión, macroscopicamente diferenciados en razón de la fecha del paso a retiro, en violación respectivamente del principio de razonabilidad y de igualdad contenidos en el artículo 3 de la Constitución. El legislador ha tenido intervenciones parciales, pero ya que las pensiones constituyen una retribución diferida, se sigue la necesidad de una constante adecuación del tratamiento de equiparación de las retribuciones en relación al servicio activo.

El Legislador, interviniendo con la ley nº 141 del 1985, realiza una revalorización en base a porcentajes, de las pensiones progresivas, totalmente diferente de los nuevos sistemas retributivos, cuyos principios rectores se encuentran establecidos por los artículos 3 y 36 de la Constitución. Dicha norma, por otra parte sólo comprendía el período del año 1976, hasta el 1977 incluido.

Los criterios que han impulsado a la Corte Constitucional a tomar dicha decisión limitada en el tiempo, parecen ser dos. El primero de ellos, aparece adoptado claramente en la última parte de la motivación de la sentencia. Donde se especifica que la ley nº 141 posee un carácter de equilibradora de un sistema de pensiones que en su máxima extensión temporal, se extiende desde 1976 hasta el 1987 inclusive. La fecha del 1 de Enero de 1988, ha sido elegida seguramente, para salvaguardar los efectos de actualización de pensiones ya producidos por la ley impugnada. Un segundo criterio inspirador puede observarse, aunque no expresamente manifestado por la Corte en su sentencia, en la necesidad de evitar que como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la disposición en cuestión, derivaran cargas financieras excesivamente onerosas a cargo del Estado.<sup>13</sup>

Pero aún resta establecer un par de diferencias fundamentales entre la sentencia ahora analizada, y su precedente nº 266 del 1988. En efecto, con la sentencia nº 501 nos encontramos de frente a una de las sentencias denominadas *manipolativa*, a través de la cual, la Corte, por medio de la declaración de inconstitucionalidad de la omisión del Legislador<sup>14</sup> llena el vacío dejado por el mismo, rellenando la disciplina ausente, ausencia que ha causado el dictado de la presente sentencia. Pero esta creación de una normativa inexistente hasta el

---

13- Vid. P. CARNEVALE "La pronuncia di incostituzionalità «ad effetto parzialmente retroattivo» del regime della perequazione automatica per le pensioni dei magistrati: ancora una declaratoria di illegittimità costituzionale con efficacia «temporalmente circoscritta»", en *Giur. it.* 1989, Vol. I, 1, pág. 761.

14- Dicha omisión consistiría en no haber dispuesto la reliquidación de los tratamientos de pensión sobre la base de lo previsto para la retribución del personal en servicio, por la ley nº 425 del 1988, de acuerdo al compromiso asumido por el Legislador de regular la materia en el artículo 2, párrafo 1 de la ley 29 de Abril de 1976.

presente, viene limitada en el tiempo en sus efectos. La Corte dejará a salvo todos los efectos ya producidos con anterioridad a su declaración de inconstitucionalidad, y la nueva normación comenzará a regir a partir del momento por ella establecido. Por otro lado, en la presente sentencia nada se dispone para el pasado, ya que en virtud de su carácter creativo innovativo, se excluye la posibilidad de una aplicación retroactiva de la nueva materia. <sup>15</sup>

La Corte Constitucional hará uso nuevamente de este su poder de limitar temporalmente los efectos de sus sentencias, en oportunidad del dictado de la sentencia n° 50 del 1989. <sup>16</sup> Esta sentencia se esperaba se pronuciase, ya que contaba con una precedente (sentencia n° 212 del 1986) en la cual se ponía de manifiesto la necesidad urgente de la intervención del Legislador, para evitar graves consecuencias, derivadas de la injusticia planteada por la denegación de la publicidad de las audiencias celebradas ante las Comisiones tributarias.

Resulta sorprendente, que en realidad, en el presente caso, a pesar de las referencias hechas por la Corte a una determinada evolución gradual de la

---

15. Vid. S. BARTOLE "*Ancora sulla delimitazione degli effetti temporali di decisioni di accoglimento (in materia di pensioni di magistrati)*", en *Giur. cost.* 1988, I, pág. 2373, 2375. La diferencia mencionada se observa ya que la sentencia precedente sólo hace una declaración de inconstitucionalidad pura y simple, limitando sus efectos en el tiempo, y poniendo a salvo todos los efectos producidos anteriormente a la declaración de ilegitimidad, por la norma ahora impugnada. No existe en ella ningún atisbo de creación de una cierta o determinada norma.

16. En *Giur. cost.* 1989, Vol. I, pág. 252. En el presente caso, se declara la inconstitucionalidad del artículo 39, párrafo 1 del P.R. n° 636 del 1972 por contradictorio con el artículo 101, párrafo 1 de la Constitución, en la parte en la que se excluye la aplicación del artículo 128 del Código de procedimiento civil sobre la publicidad de las audiencias, a los juicios que se desarrollan ante las *Commissioni tributarie* de primer y de segundo grado.

legislación en relación al carácter jurisdiccional de los procesos tributarios, no existen diferencias en el tema con la situación fáctica configurada en la sentencia que le sirve de antecedente. No obstante ello, la Corte cree observar el surgimiento de una inconstitucionalidad *sopravvenuta*. No sólo ello, sino que simultaneamente la Corte se permite de limitar temporalmente los efectos de dicha declaración pura y exclusivamente hacia el futuro, dejando inalterados los actos cumplidos anteriormente. Ante ésta sentencia, se advertiría un uso prácticamente indiscriminado de parte de la Corte de este nuevo tipo de sentencia, una suerte de utilización por una cuestión de conveniencia no especificado en lo absoluto en el fallo, y que queda absolutamente librado a criterio del intérprete o lector de dicha sentencia.<sup>17</sup>

Como podemos apreciar, no se puede seguir sosteniendo que nos encontramos ante un caso aislado. De frente a esta serie de sentencias, tipificadas por características que las particularizan especialmente, podemos sostener que nos encontramos ante una corriente adoptada por la Corte Constitucional misma, muy clara y determinada. La Corte, aprovechando los elementos que le proporcionan los casos sometidos a su consideración, parece haberse convertido en una analizadora de los argumentos meramente jurídicos, y por otra parte, maximizando las herramientas que le proporciona el proceso constitucional, ha llegado a establecer un sistema por el cual se viene a adueñar de la determinación de los efectos temporales de sus sentencias. La Corte, distinguiendo las situaciones correctas, y observando el conjunto de elementos que posee, aprovecha con un cierto oportunismo, las ocasiones que se le brindan para agrandar sus poderes más allá de aquellos que le han sido otorgados por la

---

<sup>17</sup>- Vid. G. D'ORAZIO "Ancora sugli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: il caso della sentenza n° 50 del 1989. «Atto di coraggio» o di «rottura»? ", en *Giur. it.* 1989, Vol. IV, pág. 344, 345.

norma suprema. Esta situación, lógicamente ha merecido y merece un análisis detallado por parte de la doctrina, no sólo desde el punto de vista de los potenciales o concretos problemas que este nuevo tipo de sentencias trae aparejados, sino también desde la perspectiva de análisis de las posibles soluciones jurídicas a efectos de lograr la menor desnaturalización posible del proceso constitucional, tal cual ha sido proyectado en sus orígenes. <sup>18</sup>

### C- PROBLEMAS CONCEPTUALES DERIVADOS DE ESTE NUEVO TIPO DE PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Somos conscientes de la cantidad de escritos jurídicos que han surgido en este último período, sobre todo en relación a este nuevo tipo de sentencias de la Corte Constitucional, que le permiten establecer una limitación de carácter temporal de sus efectos. Es por ello que no consideramos que sea productivo, y mucho menos aconsejable, realizar una repetición en nuestro trabajo de toda ésta literatura. <sup>19</sup> Simplemente, creemos es importante, analizar concretamente cuáles son las problemáticas que han surgido con la aplicación práctica de estas

---

18. Vid. S. BARTOLE, "Ancora sulla delimitazione degli effetti temporali di decisione di accoglimento (in materia di pensioni di magistrati)", en *Giur. cost.* 1988, Vol. I, pág. 2370, 2371.

19. Entre la literatura más destacable y concentrada en un único volumen, sobre el tema de la sentencias declarativas de *incostituzionalità sopravvenuta* y de limitación prospectiva de los efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, aconsejamos remitirse a: *Quaderni cost.* 1989, en su totalidad, conteniendo una serie de artículos sobre el tema; y, *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 Novembre 1988*, Milano, 1989.

particulares sentencias, al mismo tiempo que realizar un análisis sintético de cuáles son las tendencias de la doctrina al respecto.

Antes de comenzar a analizar los problemas que actualmente se plantea la doctrina y la misma Corte Constitucional, en punto a la limitación temporal de la aplicación de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, creemos resultaría de ayuda la individualización y clarificación de una serie de situaciones a nuestro criterio absolutamente distintas. Dichas actitudes potencialmente asumibles por parte de la Corte Constitucional, son las que aportarán el material de conflicto a ser analizado.<sup>20</sup> En primer lugar, debemos establecer la existencia en la práctica de las sentencias que declaran una inconstitucionalidad no original, sino nacida con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley cuestionada. La misma ha sido denominada en la doctrina italiana *incostituzionalità sopravvenuta*. La segunda categoría de sentencias, son las que declarando una inconstitucionalidad pura y simple, es decir, demarcando la contradicción existente entre una norma determinada y la Constitución, desde los orígenes de la primera, la Corte Constitucional por razones particulares cree que contribuiría a una mejor difusión de los efectos de dicha declaración, la determinación de un cierto momento a partir del cual dicha declaración comience a operar. Por último, dentro de este cuadro, se encuentran las sentencias que simultáneamente a declarar la inconstitucionalidad de una norma dada, realizan una adición creativa al régimen legal vigente.

---

<sup>20</sup>. Esta diferenciación o clasificación es personal, y no pretende ser exhaustiva. Simplemente busca demarcar cuáles son las áreas dentro de las cuales la posición adoptada por la Corte plantea una serie de dudas en relación a su corrección, si vistas y analizadas en consideración de las normas reguladoras de los efectos temporales de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad.

Dicha diferenciación nos permitirá establecer claramente la línea divisoria entre el primer aspecto, cual sería la delimitación concreta del momento en que el conflicto entre norma y Constitución se ha manifestado, a los efectos de determinar cuál será el momento a partir del cual dicha norma perderá su eficacia por haberse convertido en ilegítima. De esa forma se evitaría el afectar directamente, hechos ya consumados en conformidad a una norma que hasta un determinado momento ha sido legítima constitucionalmente. Del otro lado de dicha línea imaginaria se encontraría el segundo comportamiento de la Corte Constitucional, en el cual, aún sin existir claros motivos que determinen la necesidad de una delimitación temporal de los efectos de sus sentencias, la misma, por consideraciones que de acuerdo a la norma constitucional no le está permitido realizar, se autoriza a establecer unilateralmente el momento a partir del cuál dicha sentencia comenzará a operar concretamente. Y finalmente, aún en un tercer lugar, se encontrarían las sentencias *additive, manipolative o sostitutive*, que explican su eficacia sólo prospectivamente en virtud de la introducción de un nuevo elemento en el orden jurídico, antes no considerado.

Evidentemente, nos encontramos de frente a aspectos muy relacionados uno con el otro. En efecto, la Corte, cada vez que delimita prospectivamente los efectos de sus sentencias recurre inevitablemente al concepto de inconstitucionalidad *sopravvenuta*, con la seguridad de que dicho mecanismo le permita automáticamente adoptar dicha delimitación. Invoca dicho concepto como la palabra clave que la legitima a establecer una limitación prospectiva, facultad que por ley, no le está conferida.

Una vez aclarada esta diferenciación, si nos adentramos en el conjunto de normas jurídicas que regulan el aspecto temporal de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, volvemos otra vez a conceptos ya reiteradamente expresados. Solamente se cuenta con las normas contenidas en los artículos 136



de la Constitución; el artículo 1 de la Ley nº 48 del 1948; y el artículo 30 de la Ley nº 87 de 1953. De acuerdo a ellos, la doctrina <sup>21</sup> y la jurisprudencia tanto de la Casación <sup>22</sup> como de la misma Corte Constitucional <sup>23</sup>, han llegado al acuerdo -

---

21- Vid., entre otros, F. PIERANDREI "Le decisioni degli organi della «giustizia costituzionale» natura, efficacia, esecuzione", en Scritti in memoria di V. E. Orlando, Vol. II, Padova, 1957, pág. 241; M. CAPPELLETTI Le pregiudizialità nel processo civile, Milano, 1957, pág. 18; E. T. LIEBMAN "Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", en Riv. dir. proc. 1957, pág. 107; E. REDENTI Legittimità della legge e Corte costituzionale, Milano, 1957, pág. 78; Jaeger "Sui limiti di efficacia della decisione della Corte costituzionale", en Riv. dir. proc. 1958, pág. 377; A. SANDULLI "Natura, funzioni ed effetti delle pronunzie della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi", en Riv. trim. dir. pubbl. 1959, pág. 23; T. GALLO "La disapplicazione per invalidità costituzionale delle leggi penali incriminatrici", en Studi in onore di Crosa, Vol. II, Milano, 1960, pág. 916; P. BARILE "La parziale retroattività delle sentenze della Corte costituzionale in una sentenza sul principio di egualianza", en Giur. it. 1960, Vol. I, pág. 903; A. PACE "Espropri incostituzionali, restituzioni e responsabilità civile della p. a. per l'applicazione di leggi illegittime", en Giur. cost. 1962, pág. 1229-1238, nota 33; F. PIERANDREI Voz "Corte costituzionale", en Encicl. dir., Vol. X, Milano, 1962, pág. 908, 966; G. GIULIANI La Corte costituzionale, Milano, 1962, pág. 19, nota 39; C. MORTATI Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 1962, pág. 944; N. LIPARI "Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale", en Giur. cost. 1963, I, pág. 2225; F. MODUGNO "Esistenza delle leggi incostituzionali e autonomia del potere esecutivo", idem 1963, pág. 1739-1740; A. PIZZORUSSO "Valutazione delle rilevanza ed estinzione del reato", idem, pág. 1205-1207; G. BALLADORI PALLIERI "Effetti e natura delle sentenze della Corte costituzionale", en Riv. dir. proc. 1965, pág. 161, 167; G. ZAGREBELSKY La giustizia costituzionale, Bologna, 1977, pág. 171; V. CRISAFULLI Lezioni di diritto costituzionale, Vol. II, Milano, 1984, pág. 386.

22- Ver a título ejemplificativo Cass. 16 settembre 1957 nº 3492, en Giust. civ. 1957, I, pág. 93; 23 marzo 1959 nº 876, idem 1959, III, pág. 99; Cass. 12 luglio 1963 nº 1892, idem 1963, I, pág. 2218; 14 ottobre 1963 nº 2744, idem 1964, I, pág. 1019; 16 giugno 1965 nº 1251, idem 1965, I, pág. 2239; 8 luglio 1966 nº 1796, idem 1966, I, pág. 1668; 5 marzo 1970 nº 540, en Giust. civ. Rep. 1970, voz "Corte costituzionale", pág. 72; 19 aprile 1980, idem 1980, voz citada, pág. 73; 9 febbraio 1981 nº 792, idem 1981, voz citada, pág. 57; 24 febbraio 1984, Burletta, idem 1984, voz citada, pág. 82.

no sin previas contradicciones de opinión y disputas sobre el tema - de considerar que los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley o acto con fuerza de tal, se extenderán a todas las relaciones pendientes, con la única excepción de las situaciones ya concluidas definitivamente. Como ya lo hemos destacado precedentemente, se estaría en presencia de un efecto de aplicación inmediata de la declaración de inconstitucionalidad, es decir de una retroactividad limitada de dicha sentencia. Comprendiendo dentro de su espectro de acción, el caso *a quo* en el cual ha surgido el planteamiento de inconstitucionalidad.

De acuerdo a esta perspectiva, nos encontraríamos de frente a una actitud contradictoria de la Corte Constitucional, ya que a través de la delimitación temporal de los efectos de sus sentencias, la misma estaría actuando en ignorancia de los preceptos constitucionales, preceptos cuya protección es una de sus funciones fundamentales. Concretamente desde un punto de vista práctico, nos encontramos en presencia de una Corte en uso de facultades que no le han sido expresamente conferidas por la ley suprema. No sólo ello, sino que este tipo de pronunciamiento ha sido uno de los motivos fundamentales de contradicción entre la Casación Civil y la Corte Constitucional por una parte, y la Casación

---

En relación a la Casación penal, si bien inicialmente en disenso, posteriormente en conformidad con la Casación civil, ver: *Cass. pen. V, 30 settembre 1982 D'Amico, Giust. pen. 1983*, III, pág. 461; *Cass. pen. II, Notarnicola, Cass. pen. 1985*, pág. 1857.

<sup>23</sup>- Ver por ejemplo Sent. n° 16 (1960), *Giust. civ. 1960*, III, pág. 101; n° 36 (1961), *idem* 1961, III, pág. 146; n° 73 (1963), *idem* 1963, III, pág. 203; n° 88 (1966), *idem* 1966, III, pág. 252; n° 127 (1966), *idem* 1967, III, pág. 3; n° 58 (1967), *idem* 1967, III, pág. 140.

Penal por la otra, en el debate sostenido en el período analizado precedentemente.<sup>24</sup>

Ahora bien, dicha actitud una vez asumida por la Corte Constitucional, debe encontrar una explicación y fundamento en el sistema legal vigente. Pero, ante todo se plantea el problema de determinar si éste tipo de pronunciamientos puede ser permitido en un sistema de control constitucional configurado como lo es el sistema italiano. Inicialmente se puede establecer que la intención del sistema es declarar la ilegitimidad constitucional de una norma, con la finalidad que la misma pierda efectividad a partir del momento en el cual se determina la existencia de la contradicción entre dicha norma impugnada y la Constitución, normalmente desde sus orígenes. Siendo esto así, resulta que si la norma en sus orígenes ha sido legítima y solamente se ha convertido en ilegítima por un cambio, ya sea en la interpretación del referente constitucional, sea de dicha norma en particular, o sea debido a cambios operados a nivel social o cultural, o bien debido a circunstancias fácticas que han producido una rotura posterior del equilibrio entre norma y Constitución; en este caso la pérdida de eficacia de dicha norma cuestionada, deberá producirse no desde su nacimiento, sino desde el momento en que el mencionado equilibrio se ha roto.<sup>25</sup>

---

24. Ver debate en el capítulo precedente.

25. A este estado ya ha llegado la doctrina en su mayoría, admitiendo la posibilidad de la existencia de una inconstitucionalidad que no tenga carácter originario, sino que sea posterior a la entrada en vigencia de la norma impugnada. En conformidad ver, F. SAJA "L'efficacia nel tempo delle sentenze...", *op. cit.* (nº 2), pág. 7; S. BARTOLE "L'efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento...", *op. cit.* (nº 3), pág. 17; F. MODUGNO "I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale", en *Quaderni cost. 1989*, Vol. I, pág. 37; A. PACE "La tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti", *idem*, pág. 51; G. SILVESTRI "Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale", *idem*, pág. 61; G. ZAGREBELSKY "Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti...", *op. cit.* (nº 1), pág. 67; entre otros.

En este caso, la Corte se movería dentro de los cánones normales de declaración del surgimiento de una ilegitimidad constitucional, y no se extralimitaría en sus facultades realizando valoraciones de tipo político que no le están permitidas. Simplemente se respetaría la legitimidad de la norma hasta el momento en que la misma ha desaparecido. La determinación del momento en que dicha legitimidad se ha desvanecido, determinará el momento a partir del cual la norma no podrá ser aplicada nuevamente.

Adimitiendo y tomando como base de partida dicho razonamiento, y reconociéndolo como correcto, surge un problema correlativo: la determinación exacta del momento de la ruptura entre la norma y la Constitución. Esta determinación no surgirá siempre en forma clara y evidente, la mayoría de las veces se presentará en forma progresiva, planteándose el problema de su determinación, y la fijación de un único momento a partir del cual la norma perderá su validez.<sup>26</sup>

Por otro lado, surge otro problema de difícil resolución. Nos referimos a cómo es posible discriminar qué cambios son suficientemente relevantes a los efectos de declarar una inconstitucionalidad sobrevenida, y cuáles no. Este aspecto tiene una gran incidencia sobre un principio que ha sido

---

26. Un ejemplo típico de determinación del *dies a quo*, realizado con facilidad y exactitud nos viene propuesto en la declaración de inconstitucionalidad de las normas transitorias, cuando el período de transitoriedad está explícitamente determinado por la ley. Ver sentencia N° 67 (1984) en tema de ordenamiento judicial militar, en *Giur. cost.* 1984, pág. 419, o, sentencia N° 826 (1988) en tema de pluralismo en el sector de la radiotelecomunicación, precedida de la sentencia N° 148 (1981), en *Giur. cost.* 1988, pág. 3893, y *Giur. cost.* 1981, Vol. I, pág. 1379 y ss., respectivamente.

abundantemente mencionado a lo largo de nuestro trabajo: la seguridad jurídica. Compatibilizar una cosa con la otra se hace muy difícil, sino casi hipotético. Pareciera ser que nos encontramos de frente a una postura asumida por la Corte, que pone en riesgo el principio ántes mencionado. La misma se estaría constituyendo en la encargada de seleccionar los casos de cambios socio-culturales y de interpretación de la norma de referencia suficientemente relevantes, para a través de ello limitar la eficacia temporal de sus sentencias hacia el futuro. Esto provoca en forma casi automática el planteamiento de si la Corte no se está valiendo de este instrumento, para a través de él, cada vez que ella modifica su opinión en un determinado sentido, limitar prospectivamente los efectos de sus pronunciamientos, salvando de esa forma su prestigio y dejando inmutadas las situaciones precedentes que continúan rigiéndose por la sentencia anteriormente emanada de la Corte misma.

Ahora, haciendo referencia no ya a la inconstitucionalidad *sopravvenuta*, sino a la limitación prospectiva pura y simple de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, este comportamiento también plantea problemas de difícil resolución. Ante todo, se trata de una autoatribución de un poder no conferido por el ordenamiento legal vigente. Ya esta falta de apoyo legislativo, implica de parte de la Corte, la asunción de una posición de riesgo en cuanto a la valoración que de sus sentencias hará la doctrina. Pero como complemento y agravante, se plantea el problema que, a través de la despliación de la norma hacia el futuro, es decir sólo prospectivamente, se vería violado el aspecto crucial de la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad. De hecho, siendo el requisito de relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, uno de los pernos fundamentales en los cuales se basa el sistema de control de constitucionalidad italiano, su violación o ignorancia traerían aparejada la ruptura de la naturaleza y coherencia del sistema globalmente considerado.

Observando la situación prácticamente, surge que la decisión de la Corte no puede no producir sus efectos sobre el caso concreto en el cual surgió la cuestión de inconstitucionalidad. Por otro lado, tampoco es posible prohibir a los otros jueces el planteamiento de la misma cuestión, y mucho menos obligar a los jueces de los procesos en curso a la aplicación de una norma ya declarada inconstitucional. Por ello, surge de un análisis lógico jurídico, la necesidad de desaplicar la norma declarada ilegítima a todas aquellas situaciones que no se encuentren definitivamente cerradas o concluidas.<sup>27</sup>

Oportunamente también, se ha destacado que el juez constitucional tiene dos interlocutores, el juez ordinario, y el legislador. Para el caso de una delimitación concreta de un *dies a quo* a partir del cual la sentencia producirá sus efectos, la Corte se estaría superponiendo a la actividad legislativa. Por el contrario, para el caso que la Corte pretenda contraer los efectos retroactivos de sus sentencias, a los efectos de respetar las situaciones ya concluidas y permitir

---

27- Cfr. V. ONIDA "Problemi e falsi problemi in tema di efficacia temporale delle pronunce di incostituzionalità delle leggi", en *Giur. cost.* 1988, Vol. II, pág. 2413, en particular 2414.

Esta objeción viene descartada por M. R. MORELLI "Esiti del Seminario. La sentenza n° 50 del febbraio 1989 e l'accoglimento del nuovo modello decisorio di declaratoria di inostituzionalità «sopravvenuta», a seguito di precedente pronuncia monitoria", en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere.... op. cit.* (n° 18), pág. 417, en particular 421. "... nel peculiare meccanismo del giudizio incidentale di legittimità, il requisito della rilevanza (in relazione alla funzione di filtro, che esso è chiamato ad assolvere) operi unicamente nei confronti del giudice a quo, ai fini della prospettabilità della questione e non anche nei riguardi della Corte ad quem, agli effetti della decisione sulla medesima. Di modo che, mentre sarebbe senz'altro inammissibile (in quanto meramente astratta) una questione che risultasse ex ante non rilevante, tale non sembra che vada considerata anche quella la cui soluzione (in relazione al limite temporale dell'accoglimento) ne comporti solo ex post la non influenza nel processo di provenienza."

un paso menos traumático entre el viejo y el nuevo régimen legal, la misma se superpondría a la actividad del juez ordinario. <sup>28</sup>

Por último, aunque no por ello menos conflictiva, se encuentran las sentencias que completan el orden legal vigente por medio de la introducción de un nuevo principio de derecho. Al ser este tipo de sentencias aceptadas tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, si bien parecería que el problema se ve parcialmente resuelto, no es así. Aquí también se plantearía el problema de determinar si en virtud de dicho poder creador ejercido por la Corte, la misma tiene correlativamente el poder de establecer la aplicación de dicho nuevo principio sólo hacia el futuro, y hasta qué punto dicha actitud no implica una superposición con el Poder Legislativo.

De ésta forma, se plantea la situación actualmente. En un intrincado y complejo entretejido de problemáticas a ser resueltas en una u otra forma, no sólo para que la Corte se pueda mover con movimientos acompasados y no arrítmicamente, sino para que la misma pueda alcanzar una libertad de movimientos necesaria para el desempeño espontáneo de su tarea. Como efecto correlativo, a través de la determinación concreta de las facultades a ser atribuidas a la Corte, las partes verán incrementado el valor determinado por el principio de la certeza del derecho, e incrementarán su capacidad de previsión en relación a los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Las fuentes de soluciones proporcionadas por la doctrina son diferentes, como diferentes son los puntos de vistas o perspectivas desde las cuales se intenta dar una solución unívoca al problema de la limitación temporal de las

---

<sup>28</sup>- Vid. G. ZAGREBELSKY "Il controllo da parte della Corte costituzionale...", *op. cit.* (nº 1).

sentencia declarativas de inconstitucionalidad. Soluciones todas que pretenden la resolución concreta del problema que aqueja a la justicia constitucional en la actualidad. Pero, a pesar de ser las mismas muy variadas y diferentes entre sí, solamente pretendemos en este estadio, mencionar las tendencias doctrinales de mayor importancia, a los efectos de clarificar en la medida de lo posible el estado general de situación en el cual nos encontramos.

#### D- SOLUCIONES ALTERNATIVAS PROPUESTAS POR LA DOCTRINA.

Por supuesto siempre en temas conflictivos como el presente, se ofrecen alternativamente soluciones extremistas. Una de ellas es la que propone una imposibilidad de disposición por parte de la Corte Constitucional, de los efectos temporales de sus sentencias. Dicha tendencia se basa en una interpretación absolutamente rígida e inamovible de las normas constitucionales y legales que rigen en la materia, sosteniendo que los efectos temporales de las sentencias de la Corte operan automáticamente. A la Corte sólo corresponde la determinación de la existencia de la contradicción entre la norma y la Constitución, y sucesivamente el ordenamiento jurídico determinará cuáles serán los efectos que seguirán a dicha declaración.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup>- Dentro de la presente corriente encontramos a S. FOIS *"Il problema degli effetti temporali alla luce delle fonti sul processo costituzionale"*, en *Quaderni cost.* 1989, pág. 7. El autor basa su negativa en que dicho poder de limitar temporalmente los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional *"...esso non solo non risulta previsto da nessuna norma di livello costituzionale, ma sembra addirittura escluso dal combinato disposto dell'art. 136 e dell'art. 1 legge cost. del 1948."*

Igualmente, se enrola en esta corriente A. PACE *"La tutela costituzionale del diritto di agire..."*, *op. cit.* (nº 24), pág. 51. El mismo aduce que la Corte a través de sentencias de este tipo, el único resultado que obtiene es un desprestigio creciente, y como contrapartida implica una invitación a



Como contrapuesta a ésta posición extrema, se ubica la mayoría de la doctrina, la cual con diversidad de criterios, admite como posible en una u otra forma la determinación por parte de la Corte aún limitadamente, y en respeto de los principios rectores del sistema de control de constitucionalidad de las leyes, la posibilidad de manipular en alguna medida los efectos temporales de sus sentencias. Dentro de ésta línea se encuentran quienes, han subordinado la posibilidad de adopción de sentencias parcialmente retroactivas al reconocimiento de un poder de disposición de los efectos temporales de las sentencias de la Corte. Todo ello encontrando su fundamento en la necesidad de encontrar un equilibrio justo entre los efectos de las sentencias de la Corte, y el buen funcionamiento del sistema de prestación del servicio de justicia.<sup>30</sup> O bien, con valores fundamentales del ordenamiento jurídico considerado en su totalidad.<sup>31</sup> O bien, condicionando dicha actitud de la Corte constitucional, a la

---

los jueces ordinarios a actuar de acuerdo a sus propios criterios, cada vez que se aparta del modelo establecido por los artículos 1 de la Ley constitucional nº 1 del 1948, y por la Ley nº 87 del 1953.

<sup>30</sup>- Partidario de esta doctrina es A. PIZZORUSSO "*Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*", en *Giur. cost.* 1988, Vol. II, pág. 2421. Este autor propone la técnica por medio de la cual las normas que se someterán al control de constitucionalidad, pueden venir construidas mediante la descomposición de los textos legislativos en partes que no sólo se identifiquen en simples artículos, párrafos, proposiciones o palabras contenidas en el mismo texto, sino también en segmentos determinados mediante la elaboración de fórmulas apropiadas correspondientes a las distintas normas deducibles de una misma disposición o de la combinación de varias disposiciones. De esa forma se añadiría a las normas antes vigentes, un mínimo de disciplina constitucional necesaria, destinado a valer transitoriamente, hasta que el legislador intervenga para sanear el problema definitivamente.

<sup>31</sup>- Vid. M. LUCIANI "*La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte Costituzionale degli anni novanta*", en *Effetti temporali delle sentenze*

existencia de una motivación razonada y de peso que le permita adoptar una solución excepcional de las características de la analizada.<sup>32</sup>

Otra tendencia bastante amplia, negando la admisibilidad de un poder de disposición de los efectos temporales de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, de las características del planteado por la corriente anterior, prefieren referirse a una contracción de los efectos retroactivos como

---

*della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniera...*, op. cit. (nº 18), pág. 105, en particular 112. Este autor, cree que la solución a éste problema, se obtiene a través del establecimiento de límites intrínsecos a la retroactividad de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, que convierta en flexible su operatividad. Advierte éstos límites en los tres casos siguientes: 1- cuando la ilegitimidad es posterior a la entrada en vigencia de la norma cuestionada; 2- la ilegitimidad constitucional esté referida a normas relativas a materias en las cuales la actuación de los valores constitucionales deba realizarse por medio de reformas graduales; y 3- cuando la aplicación retroactiva de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad produce un daño grave a un valor constitucional de los considerados primarios.

Igualmente se pronuncia F. MODUGNO "I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni...", op. cit. (nº 24), pág. 37, en particular pág. 40. Modugno determina que la condición general para una declaración de inconstitucionalidad temporalmente limitada, surge del balance entre valores constitucionales que la Corte frecuentemente debe afrontar; la segunda condición es la del mutamento de la legislación, que determina la inconstitucionalidad sobrevenida de una norma; y la tercera, es ofrecida por sentencias de la Corte en las cuales se invita al legislador a intervenir en la materia.

32. Vid. A. A. CERVATI "Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali Austriaca, Tedesca ed Italiana", en *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniera...*, op. cit. (nº 18), pág. 287, en particular pág. 318-319. Propone la superación de la visión por la cual el momento de la toma de decisión de la Corte se limita sólo a la etapa conclusiva de una sentencia, y no un momento más amplio del proceso que contribuye a la conformación de todo el ordenamiento jurídico.

tradicionalmente entendidos. Dicha limitación a los efectos retroactivos, tendrá justificación solamente para el caso de tratarse de una inconstitucionalidad que surge con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma cuestionada o impugnada, siempre que dicha ilegitimidad *supervenienti* sea la consecuencia de una modificación del cuadro normativo.<sup>33</sup>

Aún teniendo como punto en común la aceptación de la reducción de los efectos retroactivos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, sólo para el caso de una ilegitimidad *supervenienti*, una tercera corriente, proyecta su teoría a través de relacionar una sentencia precedente, anticipando al legislador la necesidad urgente de su intervención para salvar graves consecuencias en la materia de la ley impugnada, con una sentencia posterior que pone en evidencia efectivamente la irregularidad y declara la inconstitucionalidad. Para esta corriente la determinación del *dies a quo* de la ilegitimidad constitucional, quedaría determinado o bien por la fecha de publicación de la primera de estas

---

33. En ésta corriente doctrinal encontramos entre otros a G. ZAGREBELSKY, "*Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti...*", *op. cit.* (nº 1), pág. 67, en particular pág. 69-70. Parte de la premisa que el orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de una relevancia no meramente fáctica, sino constitucional. Por ello, cree que la Corte no puede desinteresarse de los efectos de sus pronunciamientos de inconstitucionalidad, cuando los mismos pueden determinar consecuencias graves en relación a aquél orden y a aquella gradualidad. En tales casos la Corte no puede declarar simplemente la inconstitucionalidad prospectiva o retroactivamente, la situación le exige una atención mayor.

Igualmente orientados se observan también, A. CERRI "*Materiali e riflessioni sulle pronunzie di accoglimento «datate»*", en *Quaderni cost.* 1989, Vol. I, pág. 135.; G. D'ORAZIO "*Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali (nuovi orizzonti o falsi miraggi?)*", *idem*, pág. 345; M. LUCIANI "*La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti...*", *op. cit.* (nº 30), pág. 105.

sentencias, o bien sería coincidente con la publicación de la sentencia que declara efectivamente la contradicción entre la norma impugnada y la Constitución.<sup>34</sup>

Evidentemente, aparte de las corrientes mencionadas, los pronunciamientos de la doctrina sobre el tema han sido muy variados y con contenidos específicos referidos a cada una de las problemáticas planteadas. Todas las posiciones han tratado de ser exhaustivas en la resolución de los problemas planteados por ésta nueva forma de manifestarse de la Corte Constitucional.<sup>35</sup>

---

34- El máximo exponente de la presente corriente de pensamiento es M. R. MORELLI, ver al respecto *"Ancora in tema di incostituzionalità sopravvenuta: la sentenza «monito» come preannuncio di..."*, op. cit. (nº 9), pág. 593, en particular pág. 598. Este autor expresa comentando la sentencia de la Corte constitucional nº 179 del 1988, que la institución más sugestiva y feliz derivada de la misma es *"... quella cioè di un possibile collegamento tra sentenza-monito ed illegittimità superveniens. Collegamento che, portato ad ulteriori sviluppi, lascia prefigurare un nuovo modello di intervento del giudice costituzionale: in cui il «monito» della Corte - uscendo dall'area delle proposizioni meramente deontiche ed asortative - venga ad assumere una più esplicita ed incisiva funzione di contestuale indicazione di scadenza della validità costituzionale della legge. In modo che, nel caso di inerzia del legislatore, la successiva decisione che la Corte andasse ad adottare sullo stesso oggetto, senza contraddire la precedente declaratoria di rigetto, potrebbe saldarsi, a quella ricollegando (od ancor più correttamente, funzionando essa da) il dies a quo di una incostituzionalità sopravvenuta."*

Favorables a dicha corriente se han manifestado igualmente, A. CERRI *"Materiali e riflessioni sulle pronunzie di accoglimento..."*, op. cit. (nº 32), pág. 135; G. D'ORAZIO *"Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali..."*, op. cit. (nº 32), pág. 345.

35- Ver simplemente a modo de ejemplo, la posición de G. SILVESTRI, *"Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze..."*, op. cit. (nº 24), pág. 61, en particular pág. 64. Según este autor, éste tema puede ser confiado al juez ordinario o a la administración en el caso que no vengán puestos en evidencia intereses constitucionales relevantes. Mientras que si estos intereses surgen, si a la Corte se le atribuye el poder de incidir reestructivamente sobre normas jurídicas, no puede no reconocérsele el poder implícito de disponer sobre el modo concreto en que tal incidencia juega. A este poder, el autor establece dos límites; la imposibilidad de imponer a la ley eficacia

Un cuestionamiento de importancia sería el análisis del por qué de la asunción de parte de la Corte Constitucional de dicha actitud. Por qué este mecanismo ha sólo comenzado a hacerse palpable en el sistema italiano a partir del año 1986. La respuesta puede encontrar diversidad de variantes en la forma de ser expresada. Sin embargo, basados en el análisis realizado hasta ahora, nos permitimos adelantar nuestra opinión, la cual como ya aclaráramos es tentativa, ya que solamente estando dentro de la Corte misma se podría dar una respuesta con un cierto margen de rigor de verdad. Antes que nada, pareciera ser que un factor de gran importancia en la adopción de la presente práctica, ha sido la observación del desenvolvimiento de modelos extranjeros.<sup>36</sup>

Dentro de la misma Corte se habían hecho sentir repetidas veces, voces remarcando la necesidad de ampliar las atribuciones de la Corte Constitucional rigidamente establecidas por la norma constitucional, en materia de eficacia temporal de sus sentencias. Así en el discurso de uno de los presidentes de la

---

ultractiva, y la reducida funcionalidad de este uso en relación al mismo interés constitucional protegido.

36- Ver el artículo 140.6 de la Constitución Austríaca, en el cual se establece: "...*The voidance enters into force, on the day of the publication, if the Constitutional Court does not stipulate a time for voidance. This time limit may not exceed one year.*" en *Constitutions of the Countries of the World*, New York, 1985, Vol. I. De esta forma se crea un *Fristsetzung* de parte de la Corte para poner en marcha la entrada en vigencia de la modificación derivada de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad. Igualmente la experiencia alemana, en la cual dentro del tipo de sentencias denominado *Unvereinbarkeit*, existe la posibilidad no legislada, de indicar un *fristsetzung* dentro del cual el legislador deberá adecuar la disciplina normativa al dictado constitucional. (Facultad ésta ampliamente discutida en la doctrina alemana). Y en igual sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, a partir del caso *Linkletter v. Walker*.

Corte <sup>37</sup>, y haciendo referencia al ordenamiento austriaco y alemán, se afirmaba que: *"questa facoltà di intervenire sugli effetti temporali delle pronuncie è, fuor di dubbio, opportuna, e andrebbe prevista anche da noi: gioverebbe a facilitare il compito della Corte, dove oggi fan groppo la difficoltà di pronunciare l'incostituzionalità delle leggi, e così ad assicurare il pieno funzionamento del sindacato senza gravare la sfera degli organi legislativi di altre restrizioni, diverse da quelle già scaturenti dal controllo di costituzionalità quale è attualmente previsto. Ma ogni possibilità di una tale riforma è rimessa alla buona volontà del legislatore."*

Por otra parte, es de considerarse que la Corte intenta de esta forma establecer un lazo más estrecho entre su propia actividad y aquella del Legislador, en la adaptación del derecho vigente a las nuevas situaciones de la vida moderna. La Corte a través de esta postura se plantea la posibilidad de mantener el derecho vigente convirtiéndolo simultaneamente en derecho viviente, obteniendo al mismo tiempo el respeto de las situaciones ya reguladas definitivamente por la ley anterior - que con el devenir de cambios socio-culturales ahora viene declarada inconstitucional -. Logicamente que ésto plantea un gran riesgo, consistente en una desnaturalización del sistema, apartándose del modelo pergeniado por el Constituyente. La Corte debe actuar con mucha cautela en la utilización de esta su nueva facultad autoatribuida, no sólo como un método utilizado para ante sus cambios de opinión, establecer una limitación prospectiva de sus pronunciamientos, sino haciendo uso de la misma cuando la situación verdaderamente lo exija. Permanece todavía la dificultad de la determinación de cuáles serán los cambios que activarán dicho mecanismo, así como también la necesidad de su regulación legal, pero evidentemente la Corte

---

<sup>37</sup>- A. LA PERGOLA, *Conferenza Stampa 1986*, pág. 19 - 20, citado por G. D'ORAZIO en *"Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze..."*, op. cit (nº 33), pág. 897 - 898.

ha dado un primer paso hacia un nuevo punto de arribo, paso que no creemos esté dispuesta a replantearse.

Una vez llegados a este punto, en el cual se ha visto la aceptación de algunas de los mecanismos de los cuales se vale la Corte Constitucional a efectos de regular los efectos temporales de sus sentencias, resultaría oportuno y saludable, que la misma determinara con exactitud cuáles son los mecanismos susceptibles de ser utilizados por ella, así como la descripción de su funcionamiento, y determinación de los límites a los cuales se encuentra sometida. De esta forma se evitaría que la Corte, sintiéndose absolutamente libre de reaccionar y medir de acuerdo a sus propios criterios el grado de inconstitucionalidad de una norma, y el momento del surgimiento de dicha ilegitimidad constitucional, determine arbitrariamente y sin posibilidad de previsión alguna de los resultados por parte de los sujetos involucrados, el momento a partir del cual sus sentencias comenzarán a operar efectivamente. Si así no fuera, la Corte se podrá permitir el accionar de acuerdo a su voluntad indiscriminadamente y sin límite alguno, valiéndose del concepto de *incostituzionalità sopravvenuta*, simplemente a efectos de limitar temporalmente los efectos de sus sentencias, como ya ha sucedido en la sentencia N° 50 (1989).





## **APENDICE DE LA PARTE SEGUNDA**

### **EVALUACION DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA EN MATERIA DE RETROACTIVIDAD Y PROSPECTIVIDAD**



Por supuesto, no puede dejar de mencionarse en esta evaluación final acerca de la evolución operada en Italia, acerca de los efectos temporales de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, las normas que rigen la materia en estudio. Sí, en este sistema, no nos encontramos desprovistos de normas jurídicas reguladoras de éste aspecto, es más, contamos con normas bastante precisas, aunque como hemos visto, susceptibles de interpretaciones muy diferentes una de la otra, y hasta contradictorias. Las normas a las que hacemos referencia son los tan mentados artículos 136 de la Constitución Italiana, 1 de la Ley constitucional N° 1 del 1948, y 30 de la Ley ordinaria N° 87 del 1953.

Estos tres pilares fundamentales fueron diseñados a medida del sistema italiano, para resolver las cuestiones que en otros sistemas no tienen una solución legislativa propuesta concretamente por el ordenamiento. Y es en virtud de la aplicación de los mismos por parte de la Corte Constitucional, y de su interpretación por parte de la doctrina en principio dividida, y luego mayoritaria y casi unificada, que se llega a la conclusión que las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de las leyes o actos con fuerza de tal, producirán efectos retroactivos. La presente fue la primera conclusión a la que se arriba en forma práctica, a través de las manifestaciones pretorianas de la Corte Constitucional, y teórica, expresada por parte de los escritos de la doctrina.

Esta conclusión no derivaba de un razonamiento realizado libremente, sino que la misma es producto de una elaboración formada sobre la base de las normas jurídicas mencionadas, que son el alimento del sistema de control de constitucionalidad de las leyes en Italia, y la delimitación de su naturaleza y fines. Las mismas, a través del establecimiento de la pérdida de eficacia de las normas declaradas inconstitucionales a partir del día siguiente al de la publicación de la sentencia de la Corte, así como la creación posterior del proceso incidental, como canal o medio de planteamiento de las cuestiones de

inconstitucionalidad, y por último, a través de la determinación de la pérdida de la capacidad de ser aplicada la norma impugnada, desde el día siguiente al de la publicación de la decisión de la Corte, determinan un efecto retroactivo a todos los casos pendientes de resolución, en los cuales la norma cuestionada deba ser aplicada para su resolución.

Pero era claro que un tema como el que nos ocupa, no tendría una solución tan simple como la otorgada por ésta primera aproximación, lograda conjuntamente tanto por la Corte como por la doctrina. Es de esa forma que como paso siguiente surge evidente la necesidad de determinar la existencia o no de limitaciones al principio general de la retroactividad de los efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad. Esta segunda etapa llevó a la doctrina a un punto en el cual conceptos como desaplicación, anulación, nulidad, anulabilidad, fueron los protagonistas. Se intentó dar solución a este problema, tratanto de determinar cuál es efectivamente el momento en el que surge la contradicción entre la norma impugnada y la Constitución, como ley suprema del ordenamiento jurídico. Se recurrió igualmente a distintas teorías dependiendo del área particular del derecho que se estuviera analizando. Ello llevó a un claro y abierto enfrentamiento por un lado, de la Corte Constitucional, y del otro, reunidas la Casación civil y penal. Estos nudos de contradicción fueron disolviéndose lentamente. Primero fue la Casación civil en reconocer como válida la línea de argumentación utilizada por la Corte Constitucional. En un segundo lugar y unos cuantos años en retardo fue la Casación penal en asumir dicha corriente de razonamiento.

La conclusión de este planteamiento fué la aplicación de los resultados derivados de la sentencia de inconstitucionalidad, a todas las relaciones, con independencia del momento en que las mismas hubieran surgido, con la excepción de las ya definitivamente reguladas o consolidadas. Ello trajo

aparejado un problema adyacente, el de la determinación de si dichas situaciones concluidas, se verían privadas de la posibilidad de usufructuar de los resultados de la sentencia de la Corte, en virtud de limitaciones expresas impuestas por la legislación a la eficacia de la misma, o bien, si esas situaciones son ajenas a éste problema, pero inciden sobre él, ya que a pesar de ser independientes jurídicamente, limitan la eficacia de la sentencia constitucional. El presente es aún un tema irresuelto, distintas han sido las respuestas y las corrientes doctrinales, pero todavía hoy, sigue siendo de actualidad la determinación concreta de dichas situaciones concluidas o *esauriti*.

Capítulo aparte merece en este comentario, el nuevo tipo de pronunciamiento de la Corte Constitucional. La misma Corte, comienza en los años 80' a elaborar una doctrina sin precedentes en su jurisprudencia. Se establece que ya la inconstitucionalidad puede, como no, tener origen con el nacimiento mismo de la norma impugnada. Si bien hasta ese momento la Corte había por todos los medios a su alcance sostenido la eficacia *ex tunc* de sus sentencias, a partir de este momento, es ella misma quien determina la existencia de una serie de circunstancias, que permiten visualizar un nuevo tipo de inconstitucionalidad. Así surge como un nuevo instituto, y de los más recientes en materia de efectos temporales de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, o actos con fuerza de tales, la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida. Este nuevo mecanismo viene a alterar el equilibrio alcanzado desde la práctica, en la determinación de la eficacia de éstas sentencias.

La Corte, se permite analizar los cambios acaecidos dentro de la consideración e interpretación de una norma, así como también los cambios en la situaciones fácticas que actúan como referentes de la norma en cuestión, y la misma evolución socio cultural, para dar base a una declaración de

inconstitucionalidad a partir de un cierto momento en el tiempo. Dicho nuevo elemento que entra a formar parte del sistema italiano, permite igualmente a la Corte recurrir a dicho concepto, autoelaborado por ella misma, incluso con la finalidad de delimitar la eficacia de sus sentencias sólo hacia el futuro, haciendo caso omiso de la necesidad de aplicación de sus pronunciamientos al caso *a quo* que le da nacimiento al planteamiento de inconstitucionalidad.

El desenvolvimiento doctrinal y pretoriano, han terminado por reconocer la posibilidad de existencia de un pronunciamiento así configurado. La necesidad de no afectar la norma impugnada durante el tiempo en que la misma ha sido legítima y concorde con la Constitución, ha llevado a determinar que la contradicción entre norma cuestionada y ésta última, no siempre debe por obligación ser originaria. Dicha contradicción puede tener igualmente origen en un momento posterior a la entrada en vigencia de dicha norma. Por supuesto que la determinación concreta del nacimiento de la contradicción no siempre será de fácil determinación, pero igualmente, la introducción de este nuevo tipo de pronunciamiento permite respetar la norma durante el período de su validez, así como también los efectos y consecuencias derivados de la aplicación de la misma.

Esta nueva técnica ha sido utilizada por la Corte en no gran cantidad de oportunidades. Sin embargo, en su aplicación práctica hasta el presente, se ha ya advertido un uso poco claro de dicha facultad. La Corte misma, en una oportunidad ha usado éste concepto, simplemente para delimitar prospectivamente los efectos de su sentencia, sin dar motivos ni justificaciones, ni razonados ni coherentes con el sistema. Se advierte de esta forma, la manifestación de una necesidad de expansión de las facultades, proveniente de parte de la misma Corte. Ella, ha puesto de relieve esa necesidad de controlar y manejar los efectos temporales de sus sentencias. Algunas veces, para evitar

consecuencias más graves aún dentro del sistema de administración de justicia, y otras simplemente por introducir en sus sentencias, elementos nuevos dentro del ordenamiento jurídico global, a través de sus sentencias *aditive* o *manipulative*.

Lamentablemente, hasta el momento, la Corte no se ha expedido concretamente sobre ésta nueva facultad que se ha auto otorgado. Surge evidente y necesario, la determinación de éste aspecto. La falta de normas reguladoras de un tema como el de la inconstitucionalidad sobrevenida, deja las puertas abiertas a la Corte, para que la misma haga uso indiscriminado de sus poderes, pudiéndose incurrir en una desnaturalización del sistema de control de constitucionalidad, por medio de la desviación de su modelo original, así como también, en la comisión de una injusticia. A este punto, se hace necesario una clara delimitación del marco de acción de la Corte Constitucional en relación a esta su nueva facultad. Delimitación que básicamente permitirá no sólo a la Corte misma conocer sus limitaciones y prerrogativas, sino que correlativamente, permitirá a los consumidores del servicio de justicia, el conocer concretamente cuál es el terreno sobre el cual se encuentran. Ello derivará en el uso racional de un instituto de características positivas como lo es la *incostituzionalità sopravvenuta*, así como también en un mejor desenvolvimiento del rol que la Corte Constitucional está llamada a desempeñar.

Las partes se verán igualmente beneficiadas por una determinación de las características ya mencionadas, siendo capaces de prever los potenciales dictámenes de la Corte, incrementándose igualmente la validez y vigencia del principio de la certeza del derecho. De ésta forma también, el sistema de justicia podrá verse configurado con mayor claridad, lo que fundamentalmente contribuirá a un mejor desarrollo del sistema de control de constitucionalidad entendido en su globalidad.





## **ANALISIS COMPARATIVO FINAL**



Nos encontramos en presencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad absolutamente diferentes. La mayoría de dichas diferencias surgen precisamente del hecho de encontrarnos por una parte de frente a un sistema perteneciente al llamado *common law*, y de la otra a uno de derecho civil. Ello se advierte no sólo desde el punto de vista de su configuración general, sino también desde la perspectiva de los mecanismos puestos a disposición de cada uno de los sistemas bajo análisis, a efectos de desenvolver el control de la legitimidad constitucional de las leyes, considerando a la Constitución cual norma suprema del ordenamiento jurídico e inspiradora de las primeras.

Desde un punto de vista general, no escapa a nuestra atención que una de las diferencias de mayor notoriedad está referida en los Estados Unidos a la capacidad de todas las cortes de justicia de analizar y enfrentar la ley a la Constitución para, a través de dicha confrontación, establecer su correspondencia a los principios rectores de la norma suprema. Por su parte y como contrapartida, en Italia, el dato relevante viene ofrecido por la existencia de un único organismo poseedor de la facultad de controlar dicha legitimidad de las leyes. Así se determina que en el primer caso estamos de frente a un sistema difuso, y en el segundo a un sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes. Y es ésta diferencia, abarcadora de todas las demás características particulares determinantes de la configuración de uno y otro sistema, la cual nos permite determinar que aun tratándose de instituciones tan distintas una de la otra desde el punto de vista estructural y procedimental, los problemas surgidos en relación a los efectos temporales de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de las leyes son prácticamente los mismos. Por supuesto que diferenciándose un caso del otro, simplemente por la solución adoptada en razón de los instrumentos a disposición de cada sistema, y del momento histórico del surgimiento concreto del planteamiento. A ello apuntamos fundamentalmente, a la demostración del hecho que, pese a

encontrarnos de frente a dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes tan diferentes, diferencias que no creemos sea necesario desarrollar en nuestro trabajo por haber ya sido destacadas repetidamente por la doctrina del derecho comparado, los conflictos surgidos a efectos de lograr una solución en relación a la operatividad temporal de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, son los mismos.

Resulta claro que inicialmente en ambos sistemas se adopta el criterio de la retroactividad de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, como la solución más adecuada para resolver la operatividad temporal de las mismas. En los Estados Unidos, dicha postura puede atribuirse desde nuestro punto de vista a la *blackstonian theory*, es decir, el resultado de una adaptación de la afirmación de Blackstone por la cual las decisiones jurisdiccionales serían por naturaleza declarativas, al proceso de control de constitucionalidad. En Italia, por el contrario, dicha solución surge como consecuencia de la interpretación pretoria y doctrinal, derivada de las tres normas jurídicas que regulan la institución en estudio.

Resulta obvio que esta era la solución más cercana o fácilmente alcanzable en ambos sistemas. La concepción de Blackstone, fuertemente afianzada en el *common law* y adoptada en los Estados Unidos, necesitaba una gran revolución de pensamiento para ser modificada. En Italia la existencia del complejo de normas reguladoras de la materia, artículo 136 de la Constitución, artículo 1 de la Ley constitucional Nº 1 de 1948 y el artículo 30 de la Ley Nº 87 del 1953, en su interpretación integral, convergen en la necesidad de una aplicación retroactiva de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, con el claro objetivo de evitar el tratamiento desigual ante igualdad de situaciones a ser juzgadas.

Pero observando el desarrollo evolutivo en ambos casos, nos damos cuenta que comienzan a surgir dudas acerca de la total eficacia de la operatividad retroactiva de estas sentencias. Estas dudas comienzan a darse a conocer en virtud de los análisis realizados por parte de la doctrina, que efectivamente se plantea si una aplicación retroactiva única y unidireccional es capaz de resolver unívocamente todas las situaciones que se plantean ante los tribunales, para el caso que la norma que debe resolver dicho conflicto venga declarada inconstitucional.

La operatividad retroactiva de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de las leyes provenientes de la Suprema Corte americana comienza a discutirse con el nacimiento de la doctrina elaborada por el realismo jurídico, nacida en los años 1800, que encontraba en Austin uno de sus máximos exponentes. Las primeras áreas a estar afectadas por esta nueva corriente fueron la contractual y la comercial. El razonamiento de base para permitir esta excepción al principio general de la retroactividad era la protección de la buena fe de las partes contratantes, el respeto de esa su voluntad suprema al momento de realizar el contrato o el negocio jurídico, y sobre todo, evitar una desigualdad de las obligaciones nacidas sea del contrato que del negocio de comercio. Por el contrario, en materia de derechos constitucionales el criterio que continuaba reinante era el de la retroactividad.

En Italia, ante la presencia de normas jurídicas reguladoras de la materia, la tarea de la Corte Constitucional se veía fundamentalmente simplificada en comparación a la de su par en los Estados Unidos. El criterio utilizado para la determinación de los efectos temporales de las sentencias constitucionales es unívoco: la retroactividad. Sobre todo esta idea derivaba de la interpretación del artículo 1 de la Ley N° 1 del 1948 que implicaba la aplicación retroactiva limitada al caso *a quo* a ser resuelto, y en el cual había nacido la cuestión de

constitucionalidad. En virtud paralelamente del respeto del principio de igualdad ante la ley y de certeza del derecho, se debía hacer igualmente aplicable a todos los casos aún pendientes de resolución. Por su parte, la doctrina desempeña un papel pasivo en el desenvolvimiento de la presente temática. Pasividad que se manifiesta no en el sentido de no cuestionar las soluciones de derecho dadas por la Corte a los casos concretos, sino en el silencio mantenido respecto a la posibilidad de una limitación prospectiva de dichas sentencias, a los efectos de lograr una mayor protección de los derechos adquiridos durante la vigencia de una norma con anterioridad a su declaración de inconstitucionalidad. A diferencia del sistema americano, el italiano, durante un primer período, ve el inicio de las reformas no en los comentarios de los autores, sino más bien en el mismo espíritu de expansión de las facultades atribuidas constitucionalmente por parte de la misma Corte Constitucional.

La disparidad de criterios y una cierta confusión nace en Italia ante el planteamiento de la necesidad de establecer un límite al principio general de la retroactividad. Dicho planteamiento surge, con la finalidad de proteger esta vez sí los derechos adquiridos en forma definitiva por las partes durante la vigencia y por efecto de la aplicación de la norma ahora declarada inconstitucional. Ello derivó no sólo en una intervención activísima de la doctrina de los autores, que se prolonga hasta nuestros días, sino también en una ardua contraposición entre la Corte de Casación y la Corte Constitucional. La definición de éste aspecto vino dado por la aplicación de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de las leyes a todos los casos con independencia del momento en que hubieran surgido, con la única excepción de los ya regulados definitivamente.

Es en éste aspecto donde se observa una de las diferencias fundamentales entre ambos sistemas. En el sistema estadounidense, el concepto de una operatividad retroactiva de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad

viene referido incluso a las situaciones en que una relación ya hubiese sido resuelta definitivamente. Existe, en otras palabras, la posibilidad de revocación de una sentencia ya pasada en autoridad de cosa juzgada. Se permite la anulación de una sentencia ya considerada irrevocable; se permite igualmente la renovación de un proceso definido y concluido, siempre y cuando el valor jurídico protegido sea de relevancia suficiente como para llevar a cabo la implementación de dicha solución. En Italia, en cambio, el principio general de la retroactividad limitada, teniendo como límite claramente determinado a la retroactividad las situaciones denominadas *esaurite*, no permite bajo ningún concepto la revisión de un proceso ya concluido, y mucho menos la revisión de la sentencia emanada para lograr la resolución del caso concreto.

Aquí fundamentalmente existe la presente diferencia en virtud que en los Estados Unidos el concepto de cosa juzgada reviste un carácter distinto del correspondiente a un país de *civil law*. En efecto, en el sistema anglo-americano todos tienen derecho a su día en la Corte y paralelamente su posibilidad de apelar ante una corte de grado superior en caso que una sentencia cause agravios. Pero cuando una sentencia ha alcanzado el grado de final, en principio la misma debería mantenerse inalterada. Esa es la substancia del principio de cosa juzgada: una sentencia final emanada de una corte con la jurisdicción necesaria es conclusiva en relación a las partes, en cualquier litigio que sucesivamente pudiera plantearse por la misma causa de acción. No obstante ello, estos conceptos deben armonizarse con la regla del *final judgment* por la cual no puede existir apelación sin sentencia final, ello ya que no existiría agravio hasta que el pronunciamiento judicial no se encuentra firme. Ante esta posibilidad es claro que no se reverá todo el caso en su integridad, ni mucho menos todos los casos ya sentenciados. Simplemente se controlarán los actuados desarrollados ante el tribunal *a quo* para constatar si ha existido un error, y sólo en aquellos casos que reúnan todos los requisitos exigidos por ley para incoar

una apelación. Es aquí donde entra a jugar la posibilidad de la Suprema Corte de revisar los principios de derecho utilizados en la resolución de un caso concreto, y su conformidad con la Constitución. Una vez que la misma se expide, su decisión sí sera inapelable por carencia de un tribunal superior a ella que pueda revisar su sentencia. Por el contrario, en los sistemas de derecho civil, la cosa juzgada actúa como preclusiva de una revisión de la sentencia que ya ha adquirido el carácter de final. Ello sucede para el caso de no existir apelación en el tiempo útil fijado por ley, plazo concedido a las partes para que soliciten se subsanen los errores en que la corte pudiera haber incurrido, a partir del paso del cual dicho pronunciamiento se convierte en final y por lo tanto no susceptible de ser revisado, ni siquiera por un tribunal superior.

La asunción del concepto de la limitación temporal de las sentencias relativas a conceptos constitucionales vendrá adoptada por primera vez en forma expresa por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Linkletter v. Walker*. Por supuesto que este lento proceso no tuvo lugar sin conflictos referidos sobre todo al artículo III de la Constitución americana, planteamiento referido a una cierta invasión de la esfera legislativa por parte de la Corte, máximo exponente del poder judicial. Igualmente en éste proceso, se advertía una gran libertad en la Corte, libertad que venía manifestada en la resolución de los casos concretos sin un único criterio orientador de sus sentencias. La confusión de lineamientos reinante desorientaba las partes, y al mismo tiempo hacía la tarea de la Corte más confusa y difícil.

Una vez llegados a los casos *Linkletter* y *Stovall* se inicia una nueva etapa en los Estados Unidos. Surgen diversidad de criterios y test destinados a dar a la Corte criterios únicos para la determinación de la efectividad temporal de sus sentencias. A través de la implementación de dichos test la Corte va poco a poco asumiendo el rol de un juez, pero con características especiales de protagonismo



y activismo, que se revela en el proceso de actualización y adaptación del derecho a una determinada coyuntura. La Corte comienza a participar en la creación del derecho si la situación lo exige, introduciendo cambios en el ordenamiento jurídico por medio de su jurisprudencia. Es precisamente a través de la admisión de la característica de novedosa de la nueva norma editada por la jurisprudencia de la Corte estadounidense, en el caso *Johnson*, que se permite justificar en cierta forma la limitación prospectiva de dicha nueva norma. De esta forma se salvan las dificultades planteadas con anterioridad por no permitirse el reconocimiento de ese poder de la Corte de adaptar el derecho vigente ante la inercia del legislador. Por supuesto, dicha facultad creativa es realizada por la Corte por medio de la resolución de los casos concretos que se le plantean, y en virtud de su carácter de intérprete de la Constitución y adaptadora de las leyes de ella derivada.

Dicho reconocimiento de una función creadora de derecho por parte de la Corte Constitucional no se desarrolla en Italia. Por ello, la justificación de la existencia de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad sobrevenida, así como una potencial posibilidad de limitar prospectivamente los efectos de sus sentencias, le viene a la Corte Constitucional ciertamente restringido a una creación a *rime abligate* y criticado. Surge así en Italia el problema de encontrar justificaciones fuera del ordenamiento jurídico regulador de este tema para permitir a la Corte la elaboración de nuevos principios, pero más que ello, ya que es una capacidad reconocida a la Corte en sus particularísimas sentencias *interpretative, manipulative, y additive*, para permitirle de limitar prospectivamente el efecto de sus pronunciamientos.

En los Estados Unidos el reconocimiento de dicho poder creador ha traído como consecuencia, que a través de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, no sólo la misma venga desaplicada, sino simultaneamente que

venga sustituida por una nueva normación. De allí que, no más dicho pronunciamiento declarativo, sino la nueva norma adaptada a los dictados de la Constitución, venga considerada retroactiva o prospectiva de acuerdo a la naturaleza del derecho protegido en cuestión, y de la materia de que se trate. Llegando en el derecho penal a la plena retroactividad en caso de editarse una norma más favorable al procesado, y en derecho civil hasta la pura prospectividad, con la intención de proteger los derechos adquiridos en buena fe, de acuerdo a la norma ahora considerada inconstitucional.

Esta carrera nacida en ambos sistemas tendente a delimitar la retroactividad de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de una ley, llevó a las cortes y a los litigantes a sentirse perdidos, en los Estados Unidos debido a la cantidad exagerada de diferentes test elaborados jurisprudencialmente, que llegaron incluso a tener una aplicación simultánea y confusa; y en Italia, en virtud de las diferentes posturas doctrinales destinadas a circunscribir el marco de las denominadas situaciones *esaurite*. Por otra parte, la diferenciación de la operatividad de esta sentencia en relación a la declaración de ilegitimidad de una norma de derecho formal y de fondo, llevó la situación al punto límite de clamar por un criterio único que permitiera honrar el principio de certeza del derecho, que favorecería el comportamiento de las cortes que sabrían que principio aplicar, y de las partes que podrían prever el resultado de un posible planteamiento judicial.

Esta solución única se hizo esperar mucho en los Estados Unidos aunque inicialmente había sido propuesta por el Juez Harlan. La solución es reciente, aviene con el caso *Teague* en el cual se asume definitivamente que en los casos pendientes ante la Corte en *direct review*, sea que los mismos estén relacionados a normas procesales o de fondo, la declaración de inconstitucionalidad tendrá aplicación retroactiva. En cambio, en punto a los pendientes en *collateral attack*,

cuando la declaración de inconstitucionalidad está referida a normas de derecho procesal penal, y el caso ha obtenido sentencia final de condena, dicha declaración no operará sino prospectivamente. Ello con algunas pocas excepciones a la regla general.

En Italia, por su parte, la determinación de una solución global que resuelva definitivamente éste tema, se hace mucho más complicada de obtener. Todavía no se ha alcanzado la evolución apropiada en la doctrina y en la misma Corte, como para arribar a una solución completa de la situación actual. Evidentemente la incertidumbre, reinante sobre todo en relación a la limitación prospectiva de las sentencias de la Corte Constitucional, y en materia de inconstitucionalidad sobrevenida, se lograría por medio de una delimitación clara y concreta de las facultades de la Corte. Ello permitiría ciertamente, determinar con claridad las capacidades y atribuciones de la Corte para que la misma no se vea ante la posibilidad de actuar arbitrariamente de acuerdo a sus propios criterios, produciendo una desnaturalización del sistema de control de constitucionalidad, de acuerdo a la configuración original otorgada por el constituyente.

Solamente existe un problema en el sistema americano, que no se manifiesta en el sistema italiano. Es la existencia en el primero de una posibilidad de recurrir las sentencias definitivas por medio del *collateral attack* configurado por el *habeas corpus*, que en Italia no viene contemplado. Y es en relación a él, que nos permitimos adelantar en nuestro trabajo, la posibilidad de una solución al respecto, a través de una limitación del espectro de acción de la ley de *Habeas Corpus* en los Estados Unidos, llevada a cabo por parte del legislador. Con ésta delimitación del marco de operatividad de este remedio, se lograría una solución global de la problemática de la efectividad temporal de las sentencias constitucionales en América.

Llegados a este punto parece advertirse que, analizando uno y otro sistema independientemente, si bien los problemas surgidos en uno y otro son los mismos, en el sistema americano se ha logrado una resolución concreta de un mayor número de ellos que lo que se advierte en Italia. Probablemente el hecho de encontrarse el sistema italiano determinado en su naturaleza y características casi completamente, desde la legislación tanto de nivel constitucional como ordinaria que regula la materia que nos ocupa, haya actuado como una limitación en la búsqueda de soluciones posibles, ante el riesgo de desnaturalizar el sistema en su globalidad. En cambio, el hecho de encontrarse absolutamente libre la Corte americana, en virtud de no existir legislación reguladora de éste aspecto, se haya podido permitir el actuar desenfadadamente en la búsqueda de soluciones alternativas. A través del largo proceso de búsqueda, mucho más extenso que el período de vigencia del control de constitucionalidad en Italia, la Corte Americana se ha permitido probar diversas alternativas que la han conducido a la resolución de problemas que aún siguen siendo la preocupación de la doctrina italiana.

No pretendemos con ello balancear las ventajas de un sistema en relación al otro. Simplemente analizar las diferentes posiciones surgidas a lo largo de la evolución de cada uno. Evidentemente sería imposible orientarse a favor de uno u otro ordenamiento, ya que cada sistema encuentra sus raíces no sólo en la conciencia social, sino también en la historia particular de cada uno, raíces demasiado arraigadas en ambos como para proponer una desnaturalización de uno u otro. El sistema de control de constitucionalidad de las leyes se revela como derivado del ordenamiento jurídico reinante en uno y otro país, y sus características dependen directamente de una evolución histórica, social, cultural y política, que se diferencia de una nación a otra. El derecho, como instrumento vivo y en constante evolución que permite a un pueblo desenvolverse en

sociedad, absorbe las características intrínsecas del pueblo cuyo comportamiento debe regular. Por ello, hacer transferencia de características de un sistema a otro, o intentar trasplantar soluciones adoptadas por uno de ellos al otro, lo único que proporcionaría sería confusión en los organismos encargados de llevar a cabo el control de la legitimidad de las leyes, así como también a los sujetos consumidores del sistema de justicia.

Fundamentalmente el enriquecimiento del estudio comparado de los dos sistemas ha consistido en proporcionarnos la posibilidad de convencernos de ésto, al mismo tiempo que ha permitido concientizarnos de la necesidad de encontrar una única solución clara y precisa del problema de los efectos temporales de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad. Ello teniendo siempre en cuenta la necesidad de mantener el justo equilibrio, entre la protección de los derechos constitucionalmente establecidos y los principios de certeza y economía procesal, sin descuidar en ningún momento la incansable búsqueda que nos vemos llamados a llevar adelante para lograr la concreción de una justicia verdadera, en la medida de las posibilidades, y no ya la implementación de soluciones parciales que sólo logran resolver superficialmente los conflictos de fondo que se nos presentan, y que lo único que permiten es garantizar una justicia meramente formal.



## **BIBLIOGRAFIA**





ABAMONTE, G. Il processo costituzionale italiano. Il sindacato incidentali. Napoli: (1957).

AGRO, A. S., SCOCA, F. G., & VITUCCI, P. La Costituzione Italiana anotata con la giurisprudenza della Corte costituzionale. Torino: (1979).

AMAR, A. R. "Marbury, Section 13, and the Original Jurisdiction of the Supreme Court". THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW. VOL. 56, Pàg. 443 y ss.

AMORTH, A. La Costituzione Italiana. Milano: (1948).

ANDREOLI, M. "Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi (Atti del primo convegno internazionale di diritto processuale civile 1950)". RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO 1950. VOL. I, Pàg. 27 y ss.

ANDREOLI, M. "Incidenza della pronuncia d'incostituzionalità della legge sul giudizio amministrativo pendente". DEMOCRAZIA E DIRITTO 1962. VOL. 1962, Pàg. 107 y ss.

ANDREOLI, M. "Sugli effetti, nel tempo, della parziale incostituzionalità degli artt. 13 e 147, 2o comma, l. fall." DIRITTO GIURISPRUDENZIALE 1971. VOL. 1971, Pàg. 843 y ss.

ASCARELLI, T. "Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione". RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1957. VOL. 1957, Pàg. 351 y ss.

Association of American Law Schools (Eds.). Comparative essays on Constitutional Law. Chicago : (1938)

AUSTIN, J. Jurisprudence. London: (1885).

AUSTIN, J. The province of jurisprudence determined. London: (1954).

AZZARITI, G. Problemi attuali di diritto costituzionale. Milano: (1961).

AZZARITI, G. *"L'invalidità delle leggi per motivi di forma e di sostanza"*. RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO 1951. VOL. 1951. Pàg. 110 y ss.

AZZARITI, G. *"Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi"*. RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1950. VOL. I. Pàg. 185 y ss.

AZZARITI, G. *"Il sindacato di costituzionalità delle leggi"*. RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1950. VOL. 1950. Pàg. 97 y ss.

AZZARITI, G. *"Sulla illegittimità costituzionale delle leggi"*. RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE 1959. VOL. 1959. Pàg. 437 y ss.

BALLADORE PALLERI, G. Diritto costituzionale. Milano: (1949).

BALLADORE PALLERI, G. *"Effetti e natura delle sentenze della Corte costituzionale"*. RIVISTA DI DIRITTO PROCESUALE 1965. VOL. 1965. Pàg. 161 y ss.

BANDES, S. *"The idea of a case"*. STANFORD LAW REVIEW 1989-90. VOL. 42. Pàg. 227y ss.

BARBERA, A. *"Giudicato costituzionale e poteri del legislatore"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1966. VOL. 1966. Pàg. 613 y ss.

BARILE, P. Istituzioni di diritto pubblico. Padova: (1983).

BARILE, P. *"La parziale retroattività delle sentenze della Corte costituzionale in una pronuncia sul principio di eguaglianza"*. GIURISPRUDENZA ITALIANA 1960. VOL. I. Pàg. 903 y ss.

BARILE, P. *"La Corte Costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche"*. Studi in onore di E. Crosa. Vol. I, Pàg. 39 y ss. Milano: (1960)

BARTHOLINI, S. La promulgazione. Milano: (1954).

BARTOLE, S. "Ancora sulla delimitazione degli effetti temporali di decisioni di accoglimento (in materia di pensioni dei magistrati)". GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1988. VOL. I. Pàg. 2370 y ss.

BARTOLE, S. "L'efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento dei valori costituzionali". QUADERNI COSTITUZIONALI 1989. VOL. I. Pàg. 17 y ss.

BATOR P. M. "Finality in criminal law and federal habeas corpus for state prisoners". 76 HARVARD LAW REVIEW 1963. VOL. 76. Pàg. 441 y ss.

BEGUIN, J-C. Le contrôle de la Constitutionnalité des Lois en République Fédérale d'Allemagne. Paris: (1982).

BENDER, P. "The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision: *Mapp v. Ohio*". UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1962. VOL. 110. Pàg. 650 y ss.

BEYTAGH, F. X. "Ten years of non-retroactivity: a critique and a proposal". 61 VIRGINIA LAW REVIEW 1975. VOL. Pàg. 1557 y ss.

BIANCHI di SPINOSA, L. "La cessazione di efficacia di norme dichiarate incostituzionali". RIVISTA PROCESSUALE 1966. VOL. 1966. Pàg. 118 y ss.

BICKEL, A. M. "The passive virtues". 75 HARVARD LAW REVIEW 1961. VOL. 75. Pàg. 35 y ss.

BIDART CAMPOS, G. Tratado elemental de derecho constitucional argentino. El derecho constitucional de la libertad. Buenos Aires: (1988).

BIGI, M. S. "Note sulla c.d. retroattività delle sentenze d'accoglimento della Corte costituzionale". RASSEGNA DI DIRITTO PUBBLICO 1965. VOL. 1965. Pàg. 160 y ss.

BLACK, C. L. The people and the Court. Judicial review pubblico 1965 in a democracy. New York: (1960).

BLACKSTONE, W. Commentaries on the laws of England. Oxford: (1765).

BLAUSTEIN A. P. - FIELD R. H. "Overruling decisions in the Supreme Court". 57 MICHIGAN LAW REVIEW 1958. VOL. 57. Pàg. 180 y ss.

BOCANEGRA SIERRA, R. El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional. Madrid: (1982).

BON, P. - MODERNE, F. - RODRIGUEZ, Y. La Justice Constitutionnelle en Espagne. Paris - Aix-en-Provence: (1984).

BRENNAN, W. "Federal Habeas Corpus and State prisoners: an exercise in Federalism". 7 UTAH LAW REVIEW 1961. VOL. 7. Pàg. 423 y ss.

BREST P. - LEVINSON S. Processes of constitutional decisionmaking. Cases and materials. Boston - Toronto: (1983)

BROGGINI, G. "Retroactivity of Laws in the Roman Perspective". THE IRISH JURIST 1966. VOL. 1966. Pàg. 151 y ss.

BURR, C. "Unconstitutional laws and the Federal Judicial Power". 60 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1912. VOL. 60. Pàg. 624 y ss.

CALAMANDREI, P. "Corte costituzionale e autorità giudiziaria". RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1956. VOL. 1956. Pàg. 7 y ss.

CALAMANDREI, P. L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. Milano: (1950).

CANTAGALLI, R. "Efficacia ex-tunc delle pronunzie di incostituzionalità e norme apparentemente abrogatrici". GIUSTIZIA PENALE 1963. VOL. II. Pàg. 469 y ss.

CAPPELLETTI, M. Comparative constitutional law. Cases and materials. New York - Virginia: (1979).

CAPPELLETTI, M. *"L'efficacia delle pronunce di rigetto della Corte costituzionale nel processo a quo"*. GIURISPRUDENZA ITALIANA 1958. VOL. I. Pàg. 930 y ss.

CAPPELLETTI, M. *"Spunti da una discussione su problemi attuali della Giustizia Costituzionale"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1967. VOL. I. Pàg. 581 y ss.

CAPPELLETTI, M. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Milano: (1955).

CAPPELLETTI, M. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: (1989).

CAPPELLETTI, M. *La Justicia Constitucional (estudios de derecho comparado)*. Mexico: (1987).

CAPPELLETTI, M. *Judicial review in the contemporary world*. Indianapolis: (1971).

CAPPELLETTI, M. *"Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata"*. RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1956. VOL. I. Pàg. 135 y ss.

CAPPELLETTI, M. *"Sentenze condizionali della Corte costituzionale"*. RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1957. VOL. 1957. Pàg. 91 y ss.

CAPPELLETTI, M. *"Effetti preclusivi, nel processo civile, delle pronunce costituzionali"*. IUS 1958. VOL. 1958. Pàg. 496.

CARNELUTTI, F. *"Effetti della pronuncia negativa della Corte costituzionale sul processo pendente"*. RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1959. VOL. 1959. Pàg. 478 y ss.

CARNEVALE, P. *"La pronuncia di incostituzionalità ad effetto parzialmente retroattivo del regime della perequazione automatica per le pensioni dei magistrati: ancora una declaratoria di illegittimità costituzionale con efficacia temporalmente circoscritta"*. GIURISPRUDENZA ITALIANA 1989. VOL. I. Pàg. 761 y ss.

CATAUDELA, A. *"Prescrizione, decadenza e situazioni esaurite"*. Scritti dedicati ad Alessandro Raselli. Vol. I. Pág. 481 y ss. Milano: (1971).

CAVALLARI, V. *"Effetti della dichiarazione d'incostituzionalità della norma processuale penale"*. RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE 1966. VOL. 1966. Pág. 78 y ss.

CAVALLARI, V. *"Una fondamentale sentenza sull'efficacia del tempo delle declaratorie d'illegittimità costituzionale"*. RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE 1967. VOL. 1967. Pág. 346 y ss.

CERETI, C. *"Norme costituzionali e leggi ordinarie"*. FORO PAD 1948. VOL. IV. Pág. 77 y ss.

CERETI, C. Diritto costituzionale italiano. Torino: (1953).

CERETI, C. *"Funzione legislativa e controllo di legittimità"*. RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO 1958. VOL. 1958. Pág. 27 y ss.

CERRI, A. *"Materiali e riflessioni sulle prununzie di accoglimento datate"*. QUADERNI COSTITUZIONALI 1989. VOL. I. Pág. 135 y ss.

CERVATI, A. A. *"Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali Austriaca, Tedesca ed Italiana". Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del Seminario di Studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 Novembre 1989*. Pág. 287 y ss. Milano: (1989 )

CHANIN, M. H. *"Constitutional Rules of Criminal Procedure and the Application of Linkletter"*. JOURNAL OF PUBLIC LAW 1967. VOL. 16. Pág. 195 y ss.

CHELI, E. *"Legge retroattiva di sanatoria e giudicato costituzionale"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1966. VOL. 1966. Pág. 608 y ss.

CHELI, E. *"Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte costituzionale"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1959. VOL. 1959. Pàg. 299 y ss.

CHOPER, J. H. *Judicial Review and the National Political Process*. Chicago - London: (1980).

COMOGLIO, L. P. *"Diritto di difesa e retroattività delle decisioni costituzionali"*. RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1967. VOL. 1967. Pàg. 75 y ss.

COOPER, C. *"Stare Decisis: Precedent and Principle in Constitutional Adjudication"*. CORNELL LAW REVIEW 1987-88. VOL. 73. Pàg. 401 y ss.

CORBIN, A. L. *"Prospective overruling and retroactive application in the Federal Courts"*. 71 YALE LAW JOURNAL 1961. VOL. 71. Pàg. 907 y ss.

CORR, J. B. *"Retroactivity: a study in Supreme Court Doctrine "As Applied"*. 61 NORTH CAROLINA LAW REVIEW 1983. VOL. 61. Pàg. 745 y ss.

CORWIN, E. S. *The doctrine of judicial review, its legal and historical basis and other essays*. Gloucester: (1963).

CORWIN, E. S. *"The rise and establishment of judicial review"*. 9 MICHIGAN LAW REVIEW 1910 - 1911. VOL. 9. Pàg. 284 y ss.

COSTA, S. *"Decisioni di rigetto della Corte costituzionale e preclusione"*. RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1957. VOL. 1957. Pàg. 583 y ss.

COVER, R. M. - ALEINIKOFF, A. T. *"Dialectical Federalism: habeas corpus and the Court"*. 86 YALE LAW JOURNAL 1977. VOL. 86. Pàg. 1035 y ss.

CRISAFULLI, V. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova: (1984).

CRISAFULLI, V. *"Riproduzione o conferma di norme dichiarate incostituzionali"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1966. VOL. Pàg. 1108 y ss.

CRISAFULLI, V. *"La Corte Costituzionale tra Magistratura e Parlamento"*. Scritti giuridici in memoria di Calamandrei. Vol. IV. Pàg. 275 y ss. Padova: (1958)

CURRIER, T. S. *"Time and change in judge-made law: prospective overruling"*. 51 VIRGINIA LAW REVIEW 1965. VOL. 51. Pàg. 201 y ss.

DAVIS, H. A. *"Annulment of legislation by the Supreme Court"*. 7 AMERICAN POLITICAL SCIENCES REVIEW 1913. VOL. 7. Pàg. 541 y ss.

DANIELE, N. *"Incostituzionalità delle legge e ricorso straordinario"*. RASSEGNA DEL CONSIGLIO DI STATO 1954. VOL. II. Pàg. 1 y ss.

DAVIS, K. C. Administrative Law Treatise. New York: (1976).

DE LITALIA, G. *"Gli effetti penali delle dichiarazione di illegittimità costituzionale delle legge"*. RIVISTA ITALIANA DI SCIENZE GIURIDICHE 1954. VOL. 1954. Pàg. 17 y ss.

DIEZ PICAZO, L. Sistema de Derecho Civil. Madrid: (1990).

DIEZ PICAZO, L. M. La derogación de las leyes. Madrid: (1990).

DI PALMA, S. *"La pubblicazione in Gazzetta Ufficiale delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale: pubblicazione in senso proprio o mera pubblicità?"* GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1968. VOL. II. Pàg. 1930 y ss.

D'ORAZIO, G. *"Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali (nuovi orizzonti e falsi miraggi?)"*. QUADERNI COSTITUZIONALI 1989. VOL. I. Pàg. 345 y ss.

D'ORAZIO, G. *"Ancora sugli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: il caso della sentenza nro. 50 del 1989"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1989. VOL. IV. Pàg. 343 y ss.



DOUGHERTY, J. H. Power of the Federal Judiciary Over Legislation. New York: (1912).

EASTERBROOK, F. H. "Stability and Reliability in Judicial Decisions". CORNELL LAW REVIEW 1987-88. VOL. 73. Pág. 422 y ss.

EISENMAN, C. La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche. Marseille: (1986).

ELIA, L. "La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)". GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1970. VOL. 1970. Pág. 946 y ss.

ESPOSITO, C. "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia". La Costituzione Italiana - Saggi. Pág. 263 y ss. Padova: (1954)

ESTRICH, W. (Eds.). American Jurisprudence. San Francisco: (1948)

FALLON, R. H. "A constructivist coherence theory of constitutional interpretation". HARVARD LAW REVIEW 1987. VOL. 1987. Pág. 1190 y ss.

FAVOREU, L. Les Cours Constitutionnelles. Paris: (1986).

FIELD, O. P. The effect of an unconstitutional statute. Minneapolis: (1935).

FOIS, S. "Il problema degli effetti temporali alla luce delle fonti sul processo costituzionale". QUADERNI COSTITUZIONALI 1989. VOL. I. Pág. 27 y ss.

FREUND, P. A. "New vistas in Constitutional Law". 112 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1964. VOL. 112. Pág. 631 y ss.

FRIEDMAN, L. "A Tale of Two Habeas". MINNESOTA LAW REVIEW 1988. VOL. 1988. Pág. 247 y ss.

GALLO, T. "La disapplicazione per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice". Studi in onore di E. Crosa. Vol. II, Pág. 913 y ss. Milano: (1960)

GARBAGNATI, E. "Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento delle Corti costituzionali". RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1974. VOL. 1974, Pág. 201 y ss.

GARBAGNATI, E. "Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale". Scritti in onore di Francesco Carnelutti. Vol. IV, Pág. 193 y ss. Padova: (1950)

GARCIA DE ENTERRIA, E. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: (1981).

GIANNINI, M. S. "Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme". GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1956. VOL. 1956, Pág. 902 y ss.

GIONFRIDA, G. "Giudizi di legittimità costituzionale delle leggi e questioni pregiudiziali attinenti al cosiddetto processo principale". Studi in onore di E. Eula. Vol. II. Pág. 95 y ss. Milano: (1957)

GIUFFRÉ, Dott. A. Ed. "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere". Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 Novembre 1988. Milano: (1989).

GIULIANI, G. La Corte costituzionale. Attribuzioni, il processo costituzionale rassegna sistematica di giurisprudenza. Aggiornamento al 31 dicembre 1961. Milano: (1962).

GONZALEZ PEREZ, J. Derecho Procesal Constitucional. Madrid (1980).

GONZALEZ RIVAS, J. J. La justicia Constitucional: Derecho comparado y español. Madrid: (1985)

GRANT, J. A. "The Legal Effect of a Ruling that a Statute is Unconstitutional". DETROIT COLLEGE OF LAW REVIEW 1978. VOL. 1978, Pág. 201.

GUARINO, G. *"Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime"*. IUS 1951 - 1952. VOL. 1951 - 52. Pàg. 356 y ss.

GUGLIELMI, L. *"I limiti alla c.d. retroattività delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale relativamente agli atti del processo penale"*. CONSIGLIO DI STATO 1970. VOL. II. Pàg. 926 y ss.

GUNTHER, G. *Constitutional Law. Cases and materials.* Mineda - New York: (1975).

GROSSMAN J. B. - WELLS R. S. *Constitutional Law and Judicial Policy Making.* New York: (1980).

HADDAD, J. *"The Finality Distinction in Supreme Court Retroactivity Analysis: an Inadequate Surrogate for Modification of the Scope of Federal Habeas Corpus"*. NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW 1985. VOL. 1985. Pàg. 1062 y ss.

HALE, M. *The history of the common law of England.* Chicago: (1791).

HAMILTON, A. - MADISON, J. - JAY, J. *The Federalist.* Cambridge: (1961).

HASLER, P. *"Retroactivity rethought: the hidden cost"*. MAINE LAW REVIEW 1972. VOL. 1972. Pàg. 1 y ss.

HELLER, J. *"A turner point for religious liberty"*. VIRGINIA LAW REVIEW 1943. VOL. 1943. Pàg. 440 y ss.

HENKIN, L. *"Is there a "Political Question" doctrine?"* YALE LAW JOURNAL 1976. VOL. 85. Pàg. 597 y ss.

HOFFMANN, J. L. *"Retroactivity and the Great Writ: How Congress Should Respond to Teague v. Lane"*. 1990 BRIGHAM YOUNG UNIVERSITY LAW REVIEW. VOL. 1990. Pàg. 183 y ss.

HOFFMANN, J. L. "The Supreme Court's New Vision of Federal Habeas Corpus for State Prisoners". 1989 THE SUPREME COURT REVIEW. VOL. 1989. Pàg. 165 y ss.

HOLLAND, K. M. The political role of law Courts in modern democracies. New York: (1988).

JAEGER, N. "Sui limiti dell'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale". RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1958. VOL. I. Pàg. 364 y ss.

Journees d'etudes Juridiques Jean Dabin (Eds.). Actualite du controle jurisdictionnel des lois. Bruxelles: (1973)

KAUPER, P. Judicial review of constitutional issues in the United States. Constitutional review in the world today. National reports and comparative studies. Heidelberg: (1961)

KELSEN, H. "La garantie jurisdictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle)". REVUE DE DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE EN FRANCE ET A L'ETRANGER 1928. VOL. XLV. Pàg. 197 y ss.

KURLAND, P. B. Politics the Constitution and the Warren Court. Chicago: (1970).

KURT, H. Outline of Austrian constitutional law. Netherlands: (1989).

LAVAGNA, C. Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta infondatezza. Milano: (1957).

LA VALLE, F. "La retroazione della pronuncia d'incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi". RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE 1963. VOL. 1963. Pàg. 875 y ss.

LIEBMAN, E. T. "Sulla rilevanza d'ufficio dell'eccezione di cosa giudicata". RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE 1947. VOL. 1947. Pàg. 359 y ss.

LIEBMAN, E. T. *"Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale"*. RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1957. VOL. 1957. Pág. 507 y ss.

LIPARI, N. *"Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale"*. GIUSTIZIA CIVILE 1963. VOL. II. Pág. 2222 y ss.

LUCIANI, M. *"La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta. Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere"*. Atti del Seminario di Studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 Novembre 1988. Pág. 105 y ss. Milano: (1989)

LONCIARI, F. *"Efficacia retroattiva delle sentenze della Corte costituzionale in materia previdenziale"*. TUTELA LAVORALE 1975. VOL. 1975. Pág. 11 y ss.

LUCIFREDI, R. *"Il controllo sulla costituzionalità delle richieste di referendum abrogativo"*. RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO 1951. VOL. 1951. Pág. 128 y ss.

MACK, W. - KISER, D. (Eds.). Corpus Iuris Secundum. Brooklyn - New York: (1936)

MALLAMUD, J. *"Prospective limitation and the rights of the accused"*. IOWA LAW REVIEW 1970. VOL. 1970. Pág. 321 y ss.

MALTZ, E. M. *"Some thoughts on the death of stare decisis in Constitutional Law"*. WISCONSIN LAW REVIEW 1980. VOL. I. Pág. 467 y ss.

MARRA, E. *"Nota sull'ambito temporale di applicazione delle sentenze della Corte costituzionale in materia di previdenza sociale (pensioni superstiti - gestioni diverse)"*. INFORM. PIROLA 1977. Pág. 2444 y ss.

MATARESE, F. *"Le sentenze della Corte costituzionale. Retroattività o irretroattività"*. RIVISTA DI POLIZIA 1967. VOL. 1967. Pág. 80 y ss.

MATTEI, U. Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America. Milano: (1988).

MAZZIOTTI, M. "Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale". GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1960. VOL. 1960. Pàg. 1100 y ss.

MC WHINNEY, E. Supreme Courts and Judicial Law-making: Constitutional Tribunals and Constitutional review. New York: (1086).

MEADOR, D. J. "The impact of federal habeas corpus on state trial procedures". 52 VIRGINIA LAW REVIEW 1966. VOL. 52. Pàg. 286 y ss.

MEIGS, W. M. "The relation of the Judiciary to the Constitution". 19 AMERICAN LAW REVIEW 1885. VOL. 19. Pàg. 175 y ss.

MISHKIN, P. "The Supreme Court 1964 term. The High Court, the Great Writ, and the due process of time and law". 79 HARVARD LAW REVIEW 1965. VOL. 79. Pàg. 56 y ss.

MODUGNO, F. "Esistenza delle leggi incostituzionali e autonomia del potere esecutivo". GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1963. VOL. 1963. Pàg. 1738 y ss.

MODUGNO, F. "I ceteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale". QUADERNI COSTITUZIONALI 1989. VOL. I. Pàg. 37 y ss.

MONAGHAN, H. P. "Stare Decisis and Constitutional Adjudication". COLUMBIA LAW REVIEW 1988. VOL. 88. Pàg. 723 y ss.

MONTALBANO, G. "Retroattive le decisioni sulla incostituzionalità". HOMO 1967. VOL. 1967. Pàg. 27 y ss.

MONTESANO, L. "Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale". RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1958. VOL. 1958. Pàg. 523 y ss.

MONTESANO, L. *"Le sentenze costituzionali e l'individuazione delle norm" e.* RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1963. VOL. 1963. Pág. 44 y ss.

MONTESANO, L. *"Legge incostituzionale, processo e responsabilità".* FORO ITALIANO 1952. VOL. 1952. Pág. 158 y ss.

MORELLI, M. R. *"Ancora in tema di incostituzionalità sopravvenuta: la sentenza "monito" come preannuncio di incostituzionalità sopravveniente".* GIUSTIZIA CIVILE 1988. VOL. I. Pág. 592 y ss.

MORELLI, M. R. *"Incostituzionalità sopravvenuta e dichiarazione di illegittimità dal momento in cui. Spunti sull'ammissibilità di una nuova ipotesi tipologica di decisione costituzionale di accoglimento parziale".* GIUSTIZIA CIVILE 1987. VOL. I. Pág. 775 y ss.

MORELLI, M. R. *Declaratoria di illegittimità dal momento in cui. Genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento.* GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1988. VOL. II. Pág. 512 y ss.

MORELLI, M. R. *Incostituzionalità sopravvenuta e decisioni di accoglimento dal momento in cui (ovvero ex-nunc): fumata bianca. (La sentenza-deplorazione come possibile dies a quo della illegittimità superveniens).* GIUSTIZIA CIVILE 1988. VOL. I. Pág. 867 y ss.

MORELLI, M. R. *"Esiti del Seminario. La sentenza Nro. 50 del febbraio 1989 e l'accoglimento del nuovo modello decisorio di declaratoria di incostituzionalità sopravvenuta, a seguito di precedente pronuncia minitoria".* Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del Seminario di Studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 Novembre 1988. Pág. 417 y ss. Milano: (1989)

MORTATI, C. Istituzioni di diritto pubblico. Padova: (1976).

MORTATI, C. *"Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale".* GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1959. VOL. 1959. Pág. 550 y ss.

MORTATI, C. *"Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale della legge"*. FORO AMMINISTRATIVO 1948. VOL. I. Pàg. 320 y ss.

MORTATI, C. *"Abrogazione e instaurazione costituzionale"*. RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 1957. VOL. 1957. Pàg. 356 y ss.

MOSCARINI, P. *"L'efficacia retroattiva delle sentenze costituzionali sugli atti del processo penale"*. RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE 1974. VOL. 1974. Pàg. 600 y ss.

MULHERN, P. *"In defense of the Political Question Doctrine"*. UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1988-89. VOL. 137. Pàg. 97 y ss.

MURPHY, W. F. - TANENHAUS, J. - KASTNER, D. L. *Public evaluations of constitutional courts: alternative explanations*. Beverly Hills: (19).

NICCOLAI, S. - PANIZZA, S. - ROMBOLI, R. - ROSSI, E. *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987 - 1989). A cura di Roberto Romboli*. Torino: (1990).

O'SULLIVAN, J. R. *"United States v. Johnson: Reformulating the Retroactivity Doctrine"*. CORNELL LAW REVIEW 1983-84. VOL. 69. Pàg. 166 y ss.

OAKS, D. H. *"Legal history in the High Court - Habeas Corpus"*. 64 MICHIGAN LAW REVIEW 1966. VOL. 64. Pàg. 451 y ss.

ONIDA, V. *"Problemi e falsi problemi in tema di efficacia temporale delle pronunce di incostituzionalità delle leggi"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1988. VOL. II. Pàg. 2413 y ss.

ONIDA, V. *"In tema di interpretazione delle norme sugli effetti delle pronuncie di incostituzionalità"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1965. VOL. 1965. Pàg. 1413 y ss.



ONIDA, V. "Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza". GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1965. VOL. 1965, Pág. 514 y ss.

.

PACE, A. "Osservazione sulla pubblicazione delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale". GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1965. VOL. 1965, Pág. 462 y ss.

ONIDA, V. "Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte Costituzionale". Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia. A cura di Paolo Barile - Enzo Cheli - Stefano Grassi. Pág. 159 y ss. Bologna: (1982).

PACE, A. "Espropri incostituzionali; restituzioni e responsabilita civile della P. A. per l'applicazione di leggi illegittime". GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1962. VOL. 1962, Pág. 1229 y ss.

PACE, A. "La tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendente". QUADERNI COSTITUZIONALI 1989. VOL. I, Pág. 51 y ss.

PALADIN, L. Lezioni di diritto costituzionale. Padova: (1989).

PALLADINO, F. "Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della competenza prorogata". GIUSTIZIA PENALE 1962. VOL. III, Pág. 529 y ss.

PALMIERI, G. "Brevi osservazioni in tema di successioni di legge nel tempo e di efficacia delle pronuncie di illegittimità costituzionale". RASSEGNA DELL'AVVOCATURA. VOL. I, Pág. 933 y ss.

PARESCHI, F. "Sul riconoscimento di incostituzionalità della norma di legge". NUOVA RASSEGNA DI LEGISLAZIONE, DOTTRINA E GIURISPRUDENZA 1967. VOL. 1967, Pág. 2525 y ss.

PELLER, G. "In defense of Federal Habeas Corpus Relitigation". 16 HARVARD CIVIL RIGHTS. CIVIL LIBERTIES LAW REVIEW 1982. VOL. 16, Pág. 579 y ss.

PEREZ, R. *"Efficacia ex-tunc o efficacia ex-nunc delle sentenze della Corte costituzionale?"*. GIURISPRUDENZA DI MERITO 1970. VOL. III. Pág. 3 y ss.

PETRUCCI, E. *"La Corte costituzionale"*. Commentario sistematico alla Costituzione Italiana diretto da Calamandrei Levi. Vol. II, Pág. 472 y ss. Firenze: (1950)

PICCARDI, L. *"La Corte costituzionale in Italia"*. RIVISTA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO 1951. VOL. I. Pág. 245 y ss.

PIERANDREI, F. *"Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale"*. Studi in memoria di V. E. Orlando. Vol. II, Pág. 274 y ss. Padova: (1955)

PIERANDREI, F. Voce *"Corte Costituzionale"*. Enciclopedia del Diritto. Vol. X, Pág. 874 y ss. Milano: (1962)

PISANESCHI, A. *"Determinazione dei limiti alla retroattività della decisione costituzionale di accoglimento: potere del giudice costituzionale o del giudice ordinario"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1989. VOL. I. Pág. 295 y ss.

PIZZORUSSO, A. *"Valutazione delle rilevanza ed estinzione del reato"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1963. VOL. 1963. Pág. 1205 y ss.

PIZZORUSSO, A. *"Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1966. VOL. 1966. Pág. 1976 y ss.

PIZZORUSSO, A. *"Sull'efficacia nel tempo delle dichiarazioni d'incostituzionalità (efficacia del punto di diritto stabilito dalla Corte de Cassazione)"*. FORO ITALIANO 1970. VOL. I. Pág. 1307 y ss.

PIZZORUSSO, A. *"Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1988. VOL. II. Pág. 2421 y ss.

PIZZORUSSO, A. "Gli effetti delle decisioni delle Corti costituzionali nei giudizi ordinari". RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO CIVILE 1987. VOL. 1987. Pág. 909 y ss.

PIZZORUSSO, A. "I sistemi di giustizia costituzionale: dei modelli alla prassi". QUADERNI COSTITUZIONALI 1982. VOL. III. Pág. 521 y ss.

PIZZORUSSO, A. "Stare decisis e Corte costituzionale". La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Pág. 31 y ss. Torino: (1971)

PIZZORUSSO, A. "Corte Costituzionale". Commentario della Costituzione. A cura di Giuseppe Branca. Vol. Articoli 134 - 139, Pág. 1 y ss. Roma - Bologna: (1981)

POMODORO, S. "Violazione dell'articolo 136 della Costituzione o eccesso di potere legislativo". RIVISTA DI DIRITTO COMMERCIALE 1963. VOL. 1963. Pág. 698 y ss.

PRODON, V. "Sull'efficacia delle sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di norme processuali penali". MASSIMARIO ANNOTATO DELLA CASSAZIONE PENALE 1975. VOL. 1975. Pág. 341 y ss.

PUGLIATTI, S. "Abrogazione". Enciclopedia del Diritto. Vol. I, Pág. 141 y ss.

RAMASWAMY, M. The creative role of the Supreme Court of the United States. New York: (1970).

REDENTI, E. Legittimità delle leggi e Corte costituzionale. Milano: (1957).

REITZ, C. R. "Federal Habeas Corpus: impact of an abortive State proceeding". 74 HARVARD LAW REVIEW 1961. VOL. 74. Pág. 1315 y ss.

RHODE, D. - SPAETH, H. Supreme Court decision-making. San Francisco: (1975).

ROSENBERG, M. - WEISTEIN, J. - SMIT, H. - KORN, H. Elements of Civil Procedure. Cases and Materials. Mineola - New York: (1976).

ROSSANO, M. *"Limiti della retroattività delle pronunce d'illegittimità costituzionale e limiti temporale dell'efficacia di norme dichiarate costituzionalmente illegittime"*. Scritti in memoria di Antonio Giuffrè. Vol. III. Pág. 871. Milano: (1967).

ROSSUM, R. A. *"New rights and old wrongs: the Supreme Court and the problem of retroactivity"*. 23 EMORY LAW JOURNAL 1974. VOL. 23. Pág. 381 y ss.

RUBIER, P. *Les conflits de lois dans le temps*. Paris: (1929-1933).

SZASZY de, E. *"Les conflits de lois dans les temps (Théorie des droits privés)"*. RECUEIL DES COURS. ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL 1934. VOL. I. Pág. 147 y ss.

SAJA, F. *"L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento"*. QUADERNI COSTITUZIONALI 1989. VOL. I. Pág. 7 y ss.

SANDULLI, A. *"Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi"*. RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO 1959. VOL. 1959. Pág. 23 y ss.

SANDULLI, A. *"La giustizia costituzionale in Italia"*. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1961. VOL. 1961. Pág. 830 y ss.

SCALISE, C. L. *"A clear break from the clear break exception of retroactivity analysis: Griffith v. Kentucky"*. 73 IOWA LAW REVIEW 1988. VOL. 73. Pág. 473 y ss.

SCHWARTZ, H. *"Retroactivity, Reliability, and Due Process: A Reply to Professor Mishkin"*. THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 1966. VOL. 33. Pág. 719 y ss.

SESTI, F. - ALCAMO, I. *"Gli effetti della pronuncia d'incostituzionalità delle leggi"*. RIVISTA PENALE 1966. VOL. II. Pág. 191 y ss.

SHAPIRO, S. R. *"Retroactive or merely prospective operation of new rule adopted by Court in overruling precedent - Federal cases"*. UNITED STATES SUPREME COURT REPORTS 381 U.S. 618. VOL. 14. Pág. 992 y ss.

SHAPIRO, S. R. *"United States Supreme Court's Views as to Retroactive Effect of its Own Decisions Announcing New Rules"*. UNITED STATES SUPREME COURT REPORTS. VOL. 22 L. ED 2D 821. Pàg. 821 y ss.

SICILIANI, M. *"Problematica sull'efficacia o inefficacia retroattiva della dichiarata illegittimità costituzionale di norme processuali penali"*. RIVISTA PENALE 1966. VOL. II. Pàg. 532 y ss.

SILVESTRI, G. *"Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale"*. QUADERNI COSTITUZIONALI 1989. VOL. I. Pàg. 61 y ss.

SKELLY WRIGHT, J. *"Professor Bickel, the Scholarly Tradition and the Supreme Court"*. 84 HARVARD LAW REVIEW 1971. VOL. 84. Pàg. 769 y ss.

SMITH, E. C. *The Constitution of the United States with Cases Summaries*. New York: (1975).

SPAGNA MUSSO, E. *Diritto costituzionale*. Padova: (1976).

STELACCI, P. *"Effetti della decisione della Corte costituzionale circa l'illegittimità costituzionale di una legge e particolarmente di una legge penal"*e. GIUSTIZIA PENALE 1955. VOL. I. Pàg. 257 y ss.

STONE, G. R. - SEIDMAN, L. M. - SUNSTEIN, C. R. - TUSHNET, M. V. *Constitutional Law*. Boston - Toronto: (1986).

STUTH, S. *"Il Bundesverfassungsgericht el il profilo tecnico delle sue pronunce"*. QUADERNI COSTITUZIONALI 1989. Pàg. 287 y ss.

SWEENEY, C. E. *"Constitutional Law: Retroactivity and Prospectivity - Current Trends in the Law of Retroactive Decision-Making"*. WAKE FOREST LAW REVIEW 1971. VOL. 7. Pàg. 500 y ss.

TONEATTI, E. "Sentenza della Corte costituzionale 30/1/83. Effetti retroattivi?" STATO CIVILE 1983. VOL. 1983. Pág. 443 y ss.

TORCIA, C. E. - KING, P. B. "The mirage of retroactivity and changing constitutional concepts". 66 DICKINSON LAW REVIEW 1962. VOL. 66. Pág. 269 y ss.

TREVES, G. "Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana". La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Pág. 3 y ss. Torino: (1971)

TRIBE, L. American Constitutional Law. New York: (1988).

TRIMELONI, M. "Effetti della dichiarazione di incostituzionalità sui c. d. esauriti". PROCESSI CIVILI 1967. VOL. 1967. Pág. 453 y ss.

VIGORITI, V. "Problemi del processo costituzionale: poteri discrezionali dei giudici ed efficacia nel tempo della sentenza". RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE 1967. Vol. 1967. Pág. 1474 y ss.

WAGNER, R. E. "Courts, Legislatures, and Constitutional Maintenance". THE CATO JOURNAL 1987. VOL. 7. Pág. 323 y ss.

WEKHSLER, W. "Toward Neutral Principles of Constitutional Law". 73 HARVARD LAW REVIEW 1959. VOL. 73. Pág. 540 y ss.

WESTIN, A. The Supreme Court and the Constitution. Boston: (1969).

WILSON, W. J. "Retroactive in Civil Suits: Linkletter Modified". FORDHAM LAW REVIEW 1974. VOL. 1974. Pág. 653.

WOLFE, C. The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law. New York: (1986).

WOLFE, C. *The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law*. New York: (1986).

ZACCARIA, R. "Sugli effetti nel tempo della pronuncia d'incostituzionalità di legge che sancisce decadenza". FORO ITALIANO 1967. VOL. I. Pág. 1514 y ss.

ZAGREBELSKY, G. *La giustizia costituzionale*. Bologna: (1980).

ZAGREBELSKY, G. *La giustizia costituzionale*. Bologna: (1988).

ZAGREBELSKY, G. "Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronuncie". QUADERNI COSTITUZIONALI 1989. VOL. I. Pág. 67 y ss.

ZAGREBELSKY, G. Voce "Processo Costituzionale". Enciclopedia del Diritto. Vol. XXXVI, Pág. 521 y ss. Milano: (1962)





•

## **LISTA DE CASOS CITADOS**



## ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA:

*Ware v. Hylton* 3 U.S. (3 Dall) 199 (1796).

*Hylton v. United States* 3 U.S. (3 Dall) 171 (1796).

*Cooper v. Telfair* 4 U.S. (4 Dall) 14 (1800).

*United States v. Shooner Peggy* 1 Cranch 103 (1801)

*Marbury v. Madison*, 2 L. Ed. 60 (1803.)

*Martin v. Hunter Lesse* 1 Wheat 304 (1816)

*Cohens v. Virginia.*, 6 Wheaton 264,405 (1821).

*Eakin v. Raub*, 12 S. & R. 330, 353 (1825).

*Ogden v. Saunders* 12 Wheaton 270 (1827).

*Bingham v. Miller* 17 Ohio 445 (1848)

*Luther v. Borden* 7 Howard 1 (1849).

*Gelpcke v. Dubuque* 1 Wall 175 (1864)

*Havemeyer v. Iowa County* 3 Wall 298 (1866)

*Lee County v. Rogers* 7 Wall 181 (1869)

*The City v. Lamson* 76 U.S. (9 Wall) 477 (1869)

*Kenosha V. Lamson* 9 Wall 477 (1870)

*Railroad Co. v. Mc-Clure* 77 U.S. (10 Wall) 511 (1871)

*Olcott v. The Supervisors* 83 U.S. (16 Wall) 678, 690 (1872)

*Douglass v. Pike County* 101 U.S. 677 (1880)

*Ralls County v. Douglass* 105 U.S. 728 (1881)

*Moore v. National Bank* 104 U.S. 625 (1881)

*Louisiana ex. rel. Southern Bank v. Pilsbury* 105 U.S. 278 (1882)

*Green City v. Conness* 109 U.S. 104 (1883)

*Anderson v. Santa Anna* 116 U.S. 356 (1886)

*Norton v. Shelby County* 118 U. S. 425 (1886)

*Central Land Co. v. Laidley* 159 U.S. 103 (1895)

*Muhlker v. New York & H. R. Co.* 197 U.S. 544 (1905)

*Kuhn v. Fairmont Coal Co.* 215 U.S. 349 (1910)

*Moore Mansfield Constructions Co. v. Electrical Installation Co.* 234 U.S. 619 (1914)

*Fleming v. Fleming* 264 U.S. 29 (1915)

*Frank v. Magnum* 237 U.S. 309 (1915)

*Dunbar v. New York* 251 U.S. 516 (1920)

*Missouri v. Holland* 252 U.S. 416, 433, 434 (1920).

*Forthingham v. Mellon* 262 U.S. 447 (1923)

*Tidal Oil Co. v. Flanagan* 263 U.S. 444 (1924)

*United States v. Wade* 388 U.S. 218 (1926)

*Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.* 285 U.S. 393 (1931).

*Great Northern v. Sunburst Oil & Refining Co.* 287 U.S. 358 (1932)

*United States v. Chambers* 291 U. S. 217 (1934)

*Palko v. Connecticut* 302 U.S. 319 (1937)

*State v. Jones* 44 N. M. 623 (1940)

*Chicot County Drainage v. Baxter State Bank* 308 U.S. 371 (1940)

*Carpenter v. Wabash Railway Co.* 309 U.S. 23 (1940)

*Vandenbark v. Owens - Illinois Glass Co.* 311 U.S. 538 (1941)

*Commissioner v. Wilcox* 327 U.S. 404 (1946)

*United Public Workers of America v. Mitchell* 330 U.S. 75 (1947)

*Gilbert v. California* 388 U.S. 263 (1951)

*Brown v. Allen* 344 U.S. 443 (1953)

*Griffin v. Illinois* 351 U.S. 12, 20 (1956)

*Perez v. Brownell* 356 U.S. 44 (1958)

*Trop v. Dulles* 35 U.S. 86, 100 y 101 (1958)

*Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958)

*James v. United States* 366 U.S. 213 (1961)

*Mapp v. Ohio* 367 U.S. 657, 660 (1961)

*Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962)

*Chimel v. California* 395 U.S. 752 (1962)

*Fay v. Noia* 372 U.S. 391 (1963)

*White v. Maryland* 373 U.S. 59 (1963)

*Clarence E. Gideon v. Lonie L. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963)

*Nathan Jackson v. Wilfred Denno* 378 U.S. 368 (1964)

*Jackson v. Denno* 378 U.S. 368 (1964)

*Escobedo v. Illinois* 378 U.S. 478 (1964)

*Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1964)

*England v. Louisiana State Board of Medical Examiners* 375 U. S. 411 (1964)

*Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618, (1965).

*Swain v. Alabama* 380 U.S. 202 (1965)

*Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719, 721 (1966)

*Tehan v. Shott* 382 U.S. 406, 414 (1966)

*Tehan v. United States* 382 U.S. 406 (1966).

*Stovall v. Denno* 388 U.S. 293 (1967)

*Afroyim v. Rusk* 387 U.S. 253 (1967).

*Abbott Laboratories v. Gardner* 387 U.S. 136 (1967)

*Katz v. United States* 389 U.S. 347 (1967)

*Stefano v. Woods* 392 U.S. 631 (1968)

*Fuller v. Alaska* 393 U.S. 80 (1968)

*Flast v. Cohen* 392 U.S. 83 (1968)

*Witherspoon v. Illinois* 391 U.S. 510 (1968)

*Roberts v. Russell* 392 U.S. 293 (1968)

*Mc Connell v. Rhay* 393 U.S. 2 (1968)

*Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.* 392 U.S. 481 (1968)

*Bruton v. United States* 391 U.S. 123 (1968)

*Mempa v. Rhay* 389 U.S. 128 (1968)

*Arsenault v. Massachusetts* 393 U.S. 5 (1968)

*Powell v. McCormack* 395 U.S. 486, 549 (1969)

*Desist v. United States* 394 U.S. 244, 254 (1969)

*Halliday v. United States* 394 U.S. 831 (1969)

*Berger v. California* 393 U.S. 314 (1969)

*Jenkins v. Delaware* 395 U.S. 213 (1969)

*Cipriano v. Houma* 395 U.S. 701 (1969)

*Lear, Inc. v. Adkins* 395 U.S. 653 (1969)

*Spinelli v. United States* 393 U.S. 410, 412 (1969)

*Benton v. Maryland* 395 U.S. 784 (1969)

*Ashe v. Swenson* 397 U.S. 436, 437 (n° 1) (1970)

*Coleman V. Alabama* 399 U.S. 1, 19 (1970)

*Ivan v. City of New York* 407 U.S. 203 (1970)

*Williams v. United States* 401 U.S. 646,653 (1971)

*United States v. United States Coin & Currency* 401 U.S. 715, 724 (1971)

*Mackey v. United States* 401 U.S. 667 (1971)

*North Carolina v. Rice* 404 U.S. 244, 246 (1971)

*Adams v. Illinois* 405 U.S. 278 (1972)

*Laird v. Tatum* 408 U.S. 1 (1972)



*Moore v. Illinois* 408 U.S. 786 (1972)

*Furman v. Georgia* 408 U.S. 238 (1972)

*Michigan v. Payne* 412 U.S. 47 (1973)

*Robinson v. Neil* 409 U.S. 505 (1973)

*United States v. Richardson* 418 U.S. 166 (1974)

*Sunal v. Large* 332 U.S. 174 (1974)

*Michigan v. Tucker* 417 U.S. 433, 461 (1974)

*United States v. Nixon* 418 U.S. 683 (1974).

*Schlesinger v. Reservists to Stop the War* 418 U.S. 208 (1974)

*Gosa v. Mayden* 413 U.S. N° 672 - 73, 682 - 85 (1974)

*Daniel v. Louisiana* 420 U.S. 31 (1975)

*Chevron Oil Co. v. Huson* 404 U.S. N° 106 - 107 (1975)

*United States v. Peltier* 422 U.S. 531, 542 (1975)

*Warth v. Seldin* 422 U.S. 490 (1975)

*Hankerson v. North Carolina* 432 U.S. 233, 245 (1977)

*Monell et al. v. Department of Social Services of the City of New York* 436 U.S. 658 (1978)

*Harlin v. Missouri* 439 U.S. 459, 460 (1979)

*Dunaway v. New York* 442 U.S. 200, 206 (1979)

*United States Parole Comm'n v. Geraghty* 445 U.S. 388, 395-97 (1980)

*Payton v. New York* 445 U.S. 573 (1980)

*Brown v. Louisiana* 447 U.S. 323, 337 (1980)

*Florida Dep. of Health v. Florida Nursing Home ass.* 450 U.S. 147 (1981).

*Valley Forge Christian College v. Americans United for separation of Church and State* 454 U.S. 464, 471, 472 (1982)

*United States v. Johnson* 457 U.S. 537, 562 (1982)

*Illinois v. Gates et Ux.* 462 U.S. 213, 224 (1983)

*Allen v. Wright* 468 U.S. 737,750 (1984).

*Solem v. Stumes* 465 U.S. 647 (1984)

*Shea v. Louisiana* 470 U.S. 51 (1985)

*Atascadero State Hospital et al. v. Scanlon* 473 U.S. 234 (1985).

*Square D. Co. et al. v. Niagara Frontier Tariff Bureau inc.* 476 U.S. 409 (1986)

*Batson v. Kentucky* 476 U.S. 79 (1986)

*Welch v. State Departement of Highways* 107 S. Ct. 2941 (1987)

*American Trucking Associations inc. et al. v. Sheiner* 107 S. Ct. 2829 (1987)

*Griffith v. Kentucky* 479 U.S. 314 (1987)

*Teague v. Lane* 109 S. Ct. 1060 (1989)

*Penry v. Lynaugh* 109 S. Ct. 2934 (1989)

*Butler v. McKellar* U.S.L.W. 4294 (1990)

## ITALIA:

### Corte costituzional:

*Sentenza n° 1* de 1956, en GIUR. COST. 1956, pág. 1

*Sentenza n° 43* de 1957, en GIUR. COST. 1957, pág. 525

*Sentenza n° 4* de 1959, en GIUR. COST. 1959, pág. 22

*Sentenza n° 13* de 1960, en GIUR. COST. 1960, pág. 130

*Sentenza n° 16* de 1960, GIUST. CIV. 1960, Vol. III, pág. 101

*Sentenza n° 36* de 1961, GIUST. CIV. 1961, Vol. III, pág. 146

*Sentenza n° 1* de 1962, en GIUR. COST. 1962, pág. 1

*Sentenza n° 88* de 1962, en FORO IT. 1962, Vol. I, pág. 1217

*Sentenza n° 73* de 1963, GIUST. CIV. 1963, Vol. III, pág. 203

*Sentenza n° 110* de 1963, en FORO IT. 1963, Vol. I, pág. 1281

*Ordinanza 4 marzo* de 1965, en GIUR. COST. 1965, pág. 462

*Sentenza n° 52* de 1965, GIUR. COST. 1965, pág. 699

*Sentenza n° 88* de 1966, GIUS. CIV. 1966, Vol. III, pág. 252

*Sentenza n° 127* de 1966, GIUST. CIV. 1967, pág. 1697

*Sentenza n° 58* de 1967, GIUST. CIV. 1967, Vol. III, pág. 140

*Sentenza* n° 126 de 1968, en GIUR. COST. 1968, pág. 2175

*Sentenza* n° 128 de 1968, en SENTENZE E ORDINANZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE 1968, pág. 753

*Sentenza* n° 17 de 1969, en SENTENZE E ORDINANZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE 1969, Vol. I, pág. 112

*Sentenza* n° 26 de 1969, en SENTENZE E ORDINANZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE 1969, Vol. I, pág. 181

*Sentenza* n° 32 de 1969, en SENTENZE E ORDINANZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE 1969, Vol. I, pág. 234

*Sentenza* n° 123 de 1969, en GIUST. CIV. 1987, Vol. III, pág. 249

*Sentenza* n° 137 de 1969, en GIUST. CIV. 1987, Vol. III, pág. 291

*Sentenza* n° 49 de 1970, en GIUR. COST. 1970, Vol. I, pág. 555

*Sentenza* n° 168 de 1970, en GIUR. COST. 1970, Vol. II, pág. 2062

*Sentenza* n° 4 de 1974, en GIUR. COST. 1974, Vol. I, pág. 17

*Sentenza* n° 74 de 1974, en GIUR. COST. 1974, Vol. I, pág. 291

*Sentenza* n° 109 de 1974, en GIUR. COST. 1974, Vol. I, pág. 776

*Sentenza* n° 148 1981, en GIUR. COST. 1981, pág. 1379

*Sentenza* n° 67 de 1984, en GIUR. COST. 1984, pág. 419

*Sentenza* n° 155 de 1984, en GIUR. COST. 1984, parte I, Vol. I, pág. 1051

*Sentenza n° 137 de 1986, en GIUR. COST. 1986, pág. 942*

*Sentenza n° 179 de 1988, en GIUST. CIV. 1988, Vol. I, pág. 588*

*Sentenza n° 266 de 1988, en FORO.IT. 1988, Vol. 113, pág. 1434*

*sentenza n° 501 de 1988, en GIUR. COST. 1988, pág. 2361*

*Sentenza n° 826 de 1988, en GIUR. COST. 1981, Vol. I, pág. 3893*

*Sentenza n° 50 de 1989, en GIUR. COST. 1989, Vol. I, pág. 252*

#### **Corte de Casación:**

*Sentenza Cass. civ. Sez. I, 16 settembre 1957 n° 3491, en GIUR. IT. 1957, Vol. I, pág. 1, 1211*

*Sentenza Cass. civ. Sez. I, 16 settembre 1957 n° 3492, en GIUST. CIV. 1957, Vol. I, pág. 93*

*Sentenza Cass. civ. 16 ottobre 1957 n° 3884, en GIUST. CIV. MASS. 1957, pág. 1464*

*Sentenza Cass. civ. 23 ottobre 1957 n° 4186, en GIUST. CIV. MASS. 1957, pág. 1587*

*Sentenza Cass. 16 settembre 1957 n° 3492, en GIUST. CIV. 1957, Vol. I, pág. 93*

*Sentenza Cass. civ. 10 dicembre 1957 n° 4639, en GIUST. CIV. MASS. 1957, pág. 1759*

*Sentenza Cass. civ. SS. UU. 24 ottobre 1958 n° 3458, en MASS. ANN. DELLA CASS 1958, pág. 1241*

*Sentenza Cass. civ. 23 marzo 1959 n° 876, en GIUST. CIV. 1959, Vol. III, pág. 99*

*Sentenza Cass. civ. 16 aprile 1959 n° 1137, en GIUR. COST. 1959, pág. 514*

*Sentenza Cass. civ. SS. UU. 22 luglio 1960 n° 2077, en MASS. GIUR. IT. 1960, pág 519*

*Sentenza Cass. civ. SS. UU. 22 luglio 1960 n° 2082, en MASS. GIUR. IT. 1960, pág 519*

*Sentenza Sez. I, 30 maggio 1961, en MASS. GIUR. IT. 1961, pág. 366*

*Sentenza Cass. civ. Sez. III 30 maggio 1961 n° 1273, en MASS. ANN. CASS. 1961, pág. 550*

*Sentenza Cass. civ. Sez. III 6 novembre 1961 n° 2565, en MASS. GIUR. IT. 1961, pág. 785*

*Sentenza Cass. civ. 30 gennaio 1962, en GIUR. COST. E CIV. 1962, parte I, pág. 1532*

*Sentenza Cass. civ. 7 luglio n° 1749, en GIUST. CIV. REP. 1962, ver voz Corte costituzionale, pág. 114*

*Sentenza Cass. pen. SS. UU. 27 ottobre 1962, Ingrosso, en FORO IT. 1963, parte II, pág. 1*

*Sentenza Cass. civ. 29 novembre n° 3224, en GIUST. CIV. REP. 1962, ver voz Corte costituzionale, pág. 115*

*Sentenza Cass. civ. 28 gennaio 1963 n° 132, en GIUST. CIV. MASS. 1963, pág. 59*

*Sentenza Cass. civ. 30 gennaio 1963 n° 145, en GIUST. CIV. MASS. 1963, pág. 66*

*Sentenza Cass. civ. 27 febbraio 1963 n° 476, en GIUST. CIV. MASS. 1963, pág. 232*

*Sentenza Cass. civ. 28 febbraio 1963 n° 498, en BOLL. TRIB. 1963, pág. 861*

- Sentenza Cass. civ. 23 marzo 1963 n° 738, en GIUST. CIV. MASS. 1963, pág. 341*
- Sentenza Cass. civ. 27 marzo 1963 n° 746, en GIUST. CIV. MASS. 1963, pág. 345*
- Sentenza Cass. civ. 27 marzo 1963 n° 757, en GIUST. CIV. MASS. 1963, pág. 350*
- Sentenza Cass. civ. 27 marzo 1963 n° 759, en GIUST. CIV. MASS. 1963, pág. 351*
- Sentenza Cass. civ. 3 aprile 1963 n° 830, en GIUST. CIV. MASS. 1963, pág. 388*
- Sentenza 13 maggio 1963 n° 1176, en GIUST. CIV. MASS. 1963, pág. 557*
- Sentenza Cass. civ. SS. UU. 22 giugno 1963 n° 1705, en MASS. GIUR. IT. 1963, col. 586*
- Sentenza Cass. civ. SS. UU. 22 giugno 1963 n° 1706, en MASS. GIUR. IT. 1963, col. 588*
- Sentenza Cass. civ. SS. UU. 22 giugno 1963 n° 1707, en MASS. GIUR. IT. 1963, col. 590*
- Sentenza Cass. 12 luglio 1963 n° 1892, en GIUST. CIV. 1963, Vol. I, pág. 2218*
- Sentenza Cass pen. Sez. I 16 luglio 1963, Guarnaschelli, en RIV. TRIM. DIR. PROC. PEN. 1963, pág. 986*
- Sentenza Cass. civ. 30 agosto n° 2732, en FORO AMM. 1963, Vol. II, pág. 178*
- Sentenza Cass. 14 ottobre 1963 n° 2744, en GIUST. CIV. 1964, Vol. I, pág. 1019*
- Sentenza Cass. pen. 20 gennaio 1964, Delfino, FORO IT. 1964, Vol. II, pág. 13*
- Sentenza Cass. pen. 24 gennaio 1964, Torresin, MASS. PEN. 1964, pág. 984*
- Sentenza Cass. pen. Sez. I 26 febbraio 1964, Natoli ed altri, en FORO IT. 1964, parte II, pág. 463*



*Sentenza Cass. pen. 11 marzo 1964, D'Alessandro, MASS. PEN. 1965, pág. 548*

*Sentenza Cass. pen. 24 aprile 1964, Landati, MASS. PEN. 1965, pág. 838*

*Sentenza Cass. civ. SS. UU. 19 maggio 1964 n° 1224, en MASS. FORO.IT. 1964, pág. 317*

*Sentenza Cass. civ. 16 luglio 1964 n° 1917, MASS. FORO.IT. 1964, pág. 497*

*Sentenza Cass. civ. 30 luglio 1964 n° 2196, MASS. FORO.IT. 1964, pág. 581*

*Sentenza Cass. civ. Sez. III 13 agosto 1964 n° 2320, MASS. GIUR. IT. 1964, pág. 785*

*Sentenza Cass. civ. SS. UU. 7 ottobre 1964 n° 2546, MASS. GIUR. IT. 1964, pág. 859*

*Sentenza Cass. pen. 18 dicembre 1964, Di Giovanni, MASS. PEN. 1965, pág. 834*

*Sentenza Cass. pen. Sez. II 22 gennaio 1965, Russo e altri, MASS. CASS. PEN. 1966, pág. 289, m. 387*

*Sentenza Cass. civ. Sez. III 4 maggio 1965 n° 801, MASS. GIUR. IT. 1965, pág. 287*

*Sentenza Cass. civ. 10 giugno 1965 n° 1158, MASS. FORO.IT. 1965, pág. 338*

*Sentenza Cass. civ. Sez. I 16 giugno 1965 n° 1251, FORO.IT. 1966, Vol. I, col 328*

*Sentenza Cass. pen. Sez. III 1 luglio 1965, Scatizzi, en GIUST. PEN. 1965, III, pág. 555*

*Sentenza Cass. pen. Sez. IV, 6 luglio 1965, Diddi, GIUST. PEN. 1965, Vol. III, pág. 554*

*Sentenza Trib. Ferrara, ord. 6 luglio 1965, FORO.IT. 1966, Vol. II, pág. 55*

*Sentenza Cass. civ. Sez. I 15 luglio 1965 n° 1531, en FORO.IT. 1966, Vol. I, pág. 328*

*Sentenza Trib. Varese, ord. 30 dicembre 1965, GIUR. COST. 1965, pág. 1412*

*Sentenza Cass. pen. SS. UU. 11 dicembre de 1965, Tarantini, FORO.IT. 1966, Vol.II, col. 65*

*Sentenza Cass. 8 luglio 1966 n° 1796, en GIUST. CIV. 1966, Vol. I, pág. 1668*

*Sentenza Cass. 7 gennaio 1967 n° 75, FORO.IT. 1967, Vol. I, pág. 542*

*Sentenza Cass. pen. Sez. II 11 gennaio 1967, GIUR.IT. 1967, Vol. II, pág. 97*

*Sentenza Cass. pen. Sez. IV 26 gennaio 1967, GIUR.IT. 1967, Vol. II, pág. 98*

*Sentenza Cass. Sez. VI pen. - Ud. 18 febbraio 1967, en GIUR. COST. 1968, Vol. II, pág. 1930*

*Sentenza Cass. pen. 26 marzo 1967, FORO.IT. 1967, Vol. II, pág. 257*

*Sentenza Cass. pen. Sez. IV 14 gennaio 1969, Hudorovich, MASS. CASS. PEN 1970, pág. 700, m. 991*

*Sentenza Cass. pen. Sez. Vi 27 febbraio 1969, Premstaller, MASS. CASS. PEN 1970, pág. 1051, m. 1499*

*Sentenza Cass. civ. SS. UU. 21 giugno 1969 n° 2201, GIUR.IT. 1969, Vol. I, 1, 1637*

*Sentenza Cass. civ. SS. UU. 25 settembre 1969 n° 3823, FORO.IT. 1969, Vol. I, pág. 2721*

*Sentenza Cass. 5 marzo 1970 n° 540, en GIUST. CIV. REP. 1970, voz "Corte costituzionale", pág. 72*

*Sentenza Cass. civ. SS. UU. 24 aprile 1970 n° 1181, FORO.IT 1970, Vol. I, pág. 1899*

*Sentenza Cass. pen. 2 marzo 1972, Confalonieri, CASS. PEN. MASS. 1973, pág. 1383*

*Sentenza Cass. pen. Sez. II 8 marzo 1972, Scarpellini, CASS. PEN. MASS. 1973, pág. 1386, m. 1869*

*Sentenza Cass. civ. 20 aprile 1972 n° 1809, MASS. FORO IT. 1973, pág. 321*

*Sentenza Cass. civ. 22 giugno 1972 n° 2043, GIUR. IT. 1973, Vol. I, 1, 1135*

*Sentenza Cass. civ. 25 ottobre 1972 n° 3225, GIUST. CIV. 1973, Vol. I, pág. 806*

*Sentenza Cass. pen. 27 novembre 1972, Fici, CASS. PEN. MASS. 1974, pág. 201*

*Sentenza Cass. pen. Sez. IV 20 dicembre 1972, Fenotti e altri, CASS. PEN. MASS. 1974, pág. 406, m. 565*

*Sentenza Cass. pen. 5 gennaio 1973, Chieppa ed altri, CASS. PEN. MASS. 1975, pág. 346*

*Sentenza Cass. civ. 15 gennaio 1973 n° 142, GIUST. CIV. 1973, Vol. I, pág. 588*

*Sentenza Cass. pen. 25 gennaio 1973, Riva, FORO IT. 1973, Vol. II, pág. 265*

*Sentenza Cass. civ. SS. UU. 20 marzo 1973 n° 762, FORO IT. 1973, Vol. I, pág. 917*

*Sentenza Cass. civ. 16 maggio 1973 n° 1391, FORO IT. 1973, Vol. I, pág. 1735*

*Sentenza Cass. pen. 28 giugno 1973, Vangioni, CASS. PEN. MASS. 1975, pág. 346*

*Sentenza Cass. civ. 26 luglio 1973 n° 2183, MASS. GIUR. IT. 1973, pág. 769*

*Sentenza Cass. civ. 18 ottobre 1973 n° 2634, FORO IT. 1974, Vol. I, pág. 105*

*Sentenza Cass. civ. Sez. I 7 giugno 1974 n° 1688, GIUR. IT. 1975, Vol. I, 1, col. 479*

*Sentenza Cass. civ. 11 aprile 1975 n° 1384, MASS. GIUR. IT. 1975, pág. 379*

*Sentenza Cass. civ. 19 ottobre 1975 n° 3243, MASS. GIUR. IT. 1975, pág. 925*

*Sentenza Cass. pen. 6 dicembre 1978, Pirrello, RIV. PEN. 1979, pág. 770*

*Sentenza Cass. civ. 23 giugno 1979 n° 3514, MASS. 1979*

*Sentenza 19 aprile 1980, en GIUST. CIV. REP. 1980, voz "Corte costituzionale", pág. 73*

*Sentenza 9 febbraio 1981 n° 792, en GIUST. CIV. REP. 1981, voz "Corte costituzionale", pág. 57*

*Sentenza Cass. civ. 9 marzo 1982 n° 1180, MASS. 1982.*

*Sentenza Cass. pen. V, 30 settembre 1982 D'Amico, GIUST. PEN. 1983, Vol. III, pág. 461*

*Sentenza 24 febbraio 1984, Burletta, en GIUST. CIV. REP. 1984, voz "Corte costituzionale", pág. 82*

*Sentenza Cass. pen. 7 luglio 1984, Cunsolo, GIUR. IT. 1985, Vol. II, pág. 178*

*Sentenza Cass. pen. 26 settembre 1984, Saccuzzo, RIV. PEN. 1985, pág. 724*

*Sentenza Cass. pen. 15 ottobre 1984, Giacomuzzi, RIV. PEN. 1985, pág. 724*

*Sentenza Cass. pen. 12 novembre 1984, Galeotti, RIV. PEN. 1985, pág. 1119*

*Sentenza Cass. pen. II, Notarnicola, CASS. PEN. 1985, pág. 1857*

*Sentenza Cass. pen. 21 giugno 1985, Bossa, RIV. PEN. 1986, pág. 545*













